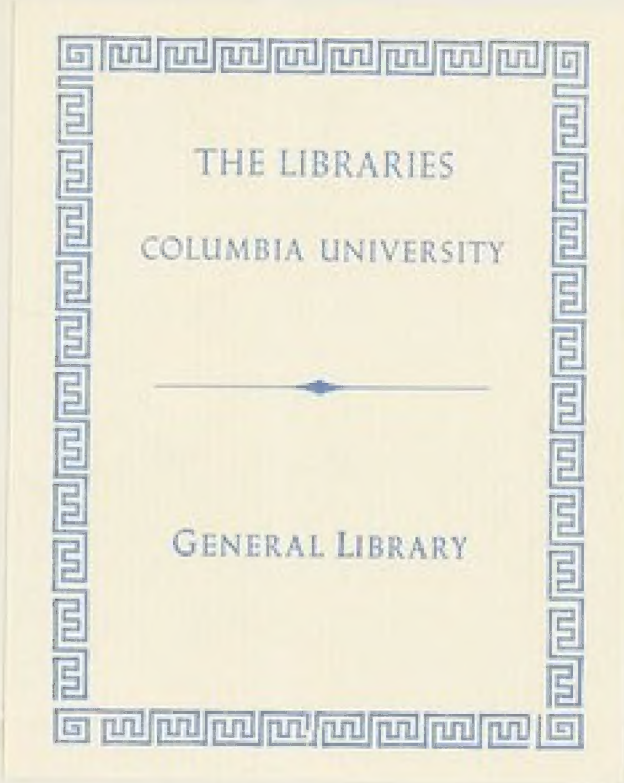
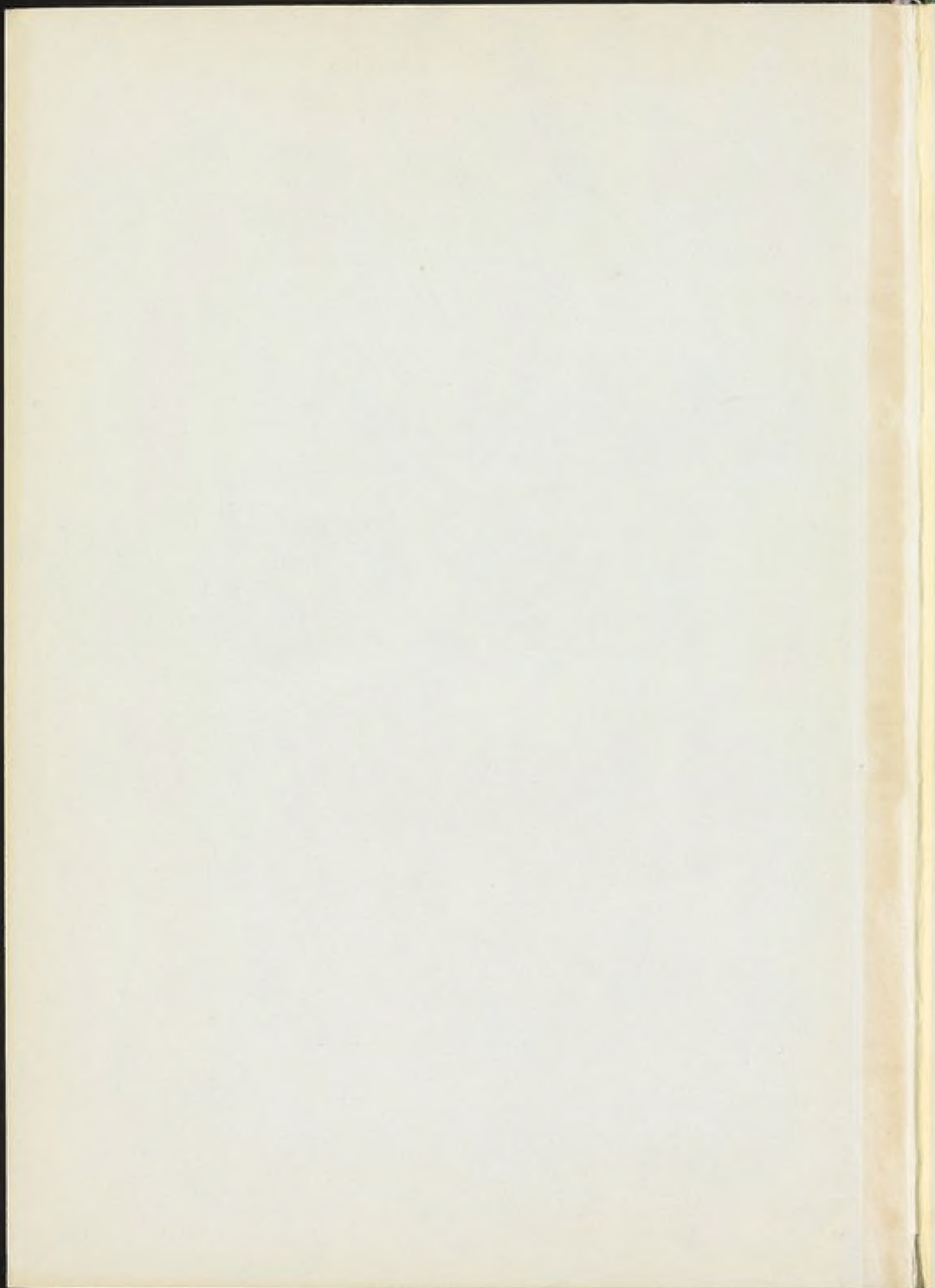


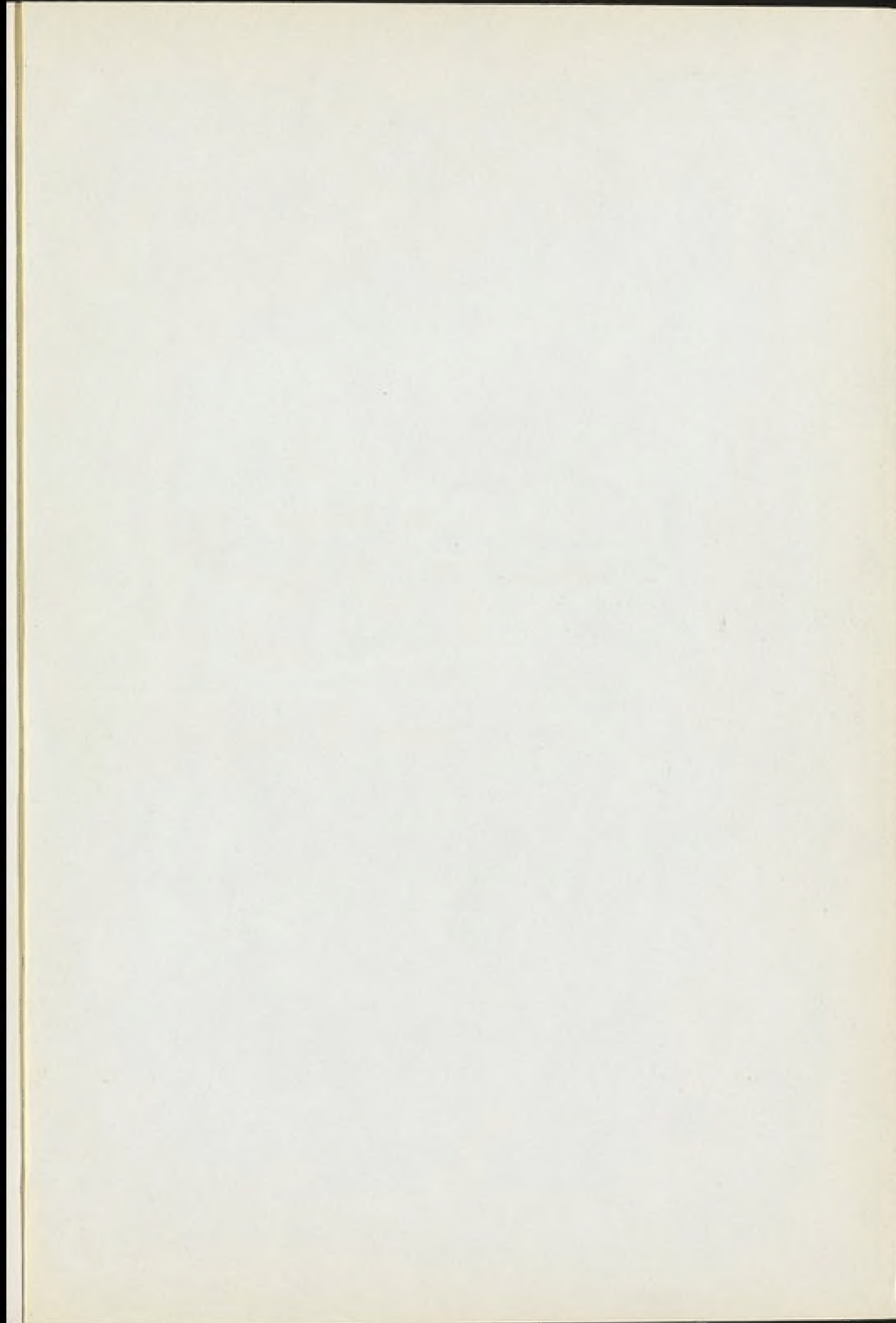
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



THE LIBRARIES
COLUMBIA UNIVERSITY

GENERAL LIBRARY





مكتبة السيد الغامه
بمكة المكرمة

٩

بلغة الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية لامعة تسد
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي لا غنى للفقيه والقانوني عن معرفتها

تصنيف

المحجة المحض السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

شرح وتعليق

الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

الجزء الأول

KBL

.B34

v. 1

الطبعة الثالثة

١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م



مطبعة الازاهب في النجف الاشرف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين
لقد نوهنا - عدة مرات في عامة منشورات (مكتبتنا العامة) عن الاهداف
الباعثة على تأسيسها : من نشر الثقافة العامة في المجتمع ، وتشجيع المؤلفين
والكتاب ، وتحقيق وتأليف الكتب الاسلامية - على اختلاف بحوثها - وتركيز
النوعية الفكرية باعطاء الكتاب الاسلامي مكانته اللائقة به من حيث أناقة
الاخراج وروعة التبويب ودقة التحقيق والتعليق ، وإبصالة إلى أبعاد الحدود
من أنحاء العالم المتحضرا لتوزيع والاهداء ، حتى لقد ناهز سجل إهداء
(المكتبة) - إلى حين التاريخ - (العشرة الآف كتاب) من منشوراتها
وغير منشوراتها - .

وواصلت (مكتبتنا) سيرها الفكري الإسلامي - قدماً - منذ تاريخ
تأسيسها حتى الآن - : ففي سنة (١٣٨٣ أي في سنة تأسيسها) كانت باكورة
مطبوعاتها : كتاب (تلخيص الشافي - في الإمامة) تأليف شيخ الطائفة
أبي جعفر الطوسي - قدس سره - تقديم وتعليق سماحة العلامة الجليل السيد
حسين بحر العلوم ، تم طبعه في أربعة مجلدات .

وفي سنة (١٣٨٥) ظهر المجهود الثاني للمكتبة ، وهو كتاب (رجال
السيد بحر العلوم - المعروف بالفوائد الرجالية) الموسوعة الضخمة في علم
الرجال والحديث والدراية والتراجم ، تأليف سيد الطائفة وصاحب الكرامات
الباهرة السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس سره - أشرف على إخراجهِ والتعليق
عليه كل " من العلمين : الحجة الثابت السيد محمد صادق بحر العلوم ، والعلامة
المفضل السيد حسين بحر العلوم ، فتم طبعه - بأروع إخراج - في أربعة
مجلدات ضخام ، مفعماً بالشروح والتعليقات القيمة .

وفي مطلع هذا العام المبارك - ١٣٨٨ هـ - : تقدم الى رواد الفقه وعلماء القانون والتشريع الاسلامي : الكتاب القيم والمجموع الضخم من الرسائل والبحوث الفقهية التي عاجلت مهمات ابرار الفقه التي قل أن ينطرق اليها الفقهاء في موسوعاتهم الفقهية . وهو كتاب (بلغة الفقيه) تصنيف الحجة المحقق والعالم المدقق السيد محمد ابن السيد محمد تقي ابن السيد رضا ابن السيد بحر العلوم - نغمدهم الله برضوانه - وشرح وتعليق آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

ولنقف وقفة بسيطة بين يدي الكتاب ، ومصنفه ، وشارحه :
(كتاب بلغة الفقيه) : عرض وتحقيق وغور في مجموعة رسائل فقهية وبحوث علمية دقيقة ، كان يلقيها بشكل أمالي يومية على تلامذته ، فجمعها في حياته - بعد أن كف بصره - فكانت هذا المجموع القيم والراث النادر ومجموعة الرسائل التي احتواها الكتاب هي : الفرق بين الحق والحكم وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، والقبض وحقيقته ، وقاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، والاراضي الخراجية ، وأخذ الاجرة على الواجبات وبيع المعاطاة ، وبيع الفضولي ومسألة الضمان ، ومنجزات المريض ، وحرمان الزوجة من بعض الميراث ، والرضاع ، والولايات ، وقاعدة اليد وفروعها وبعض أحكام الدعاوى ، والقرض ، والوصية ، والمواريث ...

طبع الكتاب - أولاً - في تبريز سنة ١٣٢٥ في حياة مصنفه ، طبعة غير خالية من الأغلاط بالقطع الصغير .

وطبع - ثانياً - سنة ١٣٢٩ بعد وفاته في طهران - بالقطع الحجري المتوسط في مجلد ضخيم تقارب صفحاته (٥٠٠ صفحة) . ولا تخلو من الاغلاط ايضاً .
وحين رأينا ندرة وجوده وكثرة الطلب عليه ، وضرورة ابراز الكتاب على واقعه الدقيق المصحح ، وبهجة قشبية من حيث الاخراج والتبويب

والتعليق - كما يقتضيه عُرف اليوم - :

صممنا - بعون الله - على اعادة طبعه ، فلم نالو جهداً في تصحيحه وعرضه على عامة نسخه المخطوطة والمطبوعة - الموجودة تحت أيدينا - . واكثر اعتمادنا في تصحيحه ومقابلته على النسخة المصححة على نسخة المصنف وعليها تعليقات المصنف - نفسه - أدرجناها تحت الهامش بعلامة هكذا (هـ) وتوجد النسخة في مكتبة الحجة الثبت المحقق السيد محمد صادق بحر العلوم - دام تأييده -

وتكملة للفائدة وتوسعة في الأفق العلمي ، عرضنا ملازم الكتاب - قبل إرسالها الى المطبعة - على سماحة آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله - فكان يقف عند كل رسالة رسالة وقفة التأمل فيعلق على ما يحتاج الى التعليق ، ويترك الآخر ، حتى اذا جهز ما يكفي الى الجزء الأول قدمناه الى المطبعة ، مستعينين بالله تعالى - في إكمال الأجزاء الأخر .

مصنف الكتاب - باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم - : هو السيد محمد ابن السيد محمد تقي ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسرارهم - وينتهي نسبه الشريف - بثلاثين واسطة - الى الامام الحسن بن علي بن أبي طالب عليهم السلام - حسبما نستعرضه الشجرة المباركة لأسرة آل بحر العلوم المثبتة بخط زعيم الاسرة وسيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره -

ولد - رحمه الله - في النجف الأشرف ليلة الأحد ٢٤ محرم الحرام سنة ١٢٦١ هـ ، ونشأ على أبيه (النقي) نشأة علم وشرف وكرامة ، وكان أبة في الذكاء ، ووقدة في الذهنية .

تلمذ - في ريعان شبابه - في الفقه والأصول على الحجج الاعلام من

أقطاب عصره ، أمثال : عمه السيد علي - صاحب البرهان - والفقيه الشيخ راضي ، والسيد حسين الترك ، واختص في الاصول - أكثر - بالميرزا عبد الرحيم النهاوندي . وفي العلوم العقلية بالحكيم الإلهي الميرزا محمد باقر النجفي وتلمذ عليه جم غفير من جهابذة العلم وعيون الأدب ، لا يسع المجال لاستعراضهم .

وما إن ناهز الثلاثين من عمره ، حتى أصبح من أقطاب العلم والفضيلة ومن أساندة المنبر العلمي المشار اليهم بالبنان . وتولى - بعد وفاة عمه السيد علي صاحب البرهان - أي سنة ١٢٩٨ - زعامة الحوزة العلمية في النجف الاشرف ، وأنبط به أمر التدريس والبحث العلمي وشؤون المرجعية والتقليد الى أن نقله الله الى حظيرة قدسه .

كان مثابراً على التدريس والبحث والكتابة والمطالعة ، ليل نهار ، وكثيراً ما كان يقطع الليل كله في المطالعة والكتابة حتى كف بصره - في أخريات أيامه -

وكان مطلعاً على عامة العلوم العقلية والنقلية ، قال عنه سيدنا الامين في (اعيان الشيعة) : « ... سمعته - مرة - يقول : نظرت في أكثر العلوم حتى الطب ، ثم تركت النظر فيه ، لأنه ليس لي فرصة للتعلم فيه » .

وكان - بالإضافة الى مقامه العلمي - مثال الورع ، أربحي الطبع مرن السلوك ، بهي المنظر ، ترف اللباس ، دمث الاخلاق ، يملأ المجلس بالهبة والوقار .

وكانت عنده مكتبة ضخمة من أعظم مكتبات العراق من حيث احتوائها على صنوف الكتب ، وانواع المخطوطات : ولقد أعجب بها وكتب عنها جرجي زيدان في (آداب اللغة العربية) ، وقال عنها السيد الامين

في (أعيانه) : ، ولم يكن في العراق أجمع منها لكتب الفقه والاصول والحديث ، . ومن المؤسف أنها تبعثرت - بعد وفاته - بالبيع والاهمال . كتب والف وصنف - كثيراً - إلا أن عامة كتاباته كانت مسودات تلقت - بعد وفاته - ولم يحتفظ لنا الزمن إلا بهذه المجموعة القيمة من الفقه الاسلامي التي أسماها بـ (بلغة الفقيه) حيث كانت عنايته بها أكثر حتى طبعت في حياته .

توفي - رحمه الله - ليلة الخميس ٢٢ شهر رجب سنة ١٣٢٦ بموت الفجأة ، فكان لفقده المصاب الجلل والوقع المحض في عامة أنحاء العراق وإيران ، وعطلت لوفاته الدروس العلمية - عدة أيام - وأقيمت على روحه الطاهر عشرات الفوائح ، ورثاه جم غفير من شعراء عصره : أمثال الشيخ يعقوب النجفي ، والشيخ محمد حسن سميسم والشيخ عبد الحسين الخويزي والشيخ حسن الحلبي ، والسيد رضا الهندي ، وغيرهم كثير : واستقر في مثواه الأخير في (مقبرة آل بحر العلوم) في النجف الأشرف تلمذه الله برضوانه .

خلف - من المذكور - نخسة ، وهم : السيد مهدي ، والسيد مير علي ، والسيد جعفر - والد الحجة السيد موسى آل بحر العلوم - والسيد عباس ، والسيد حسن .

وأما صاحب التعليق : - باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم - : فهو السيد محمد تقى ابن السيد حسن ابن السيد إبراهيم ابن السيد حسين ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسيادهم - ويتصل نسبه الوضاح بالثنين وثلاثين واسطة - بالامام الزكي الحسن بن علي (ع) واد - دام ظله - في النجف الاشرف ، سنة ١٣١٨ هـ ونشأ في بيت والده نشأة علم وشرف .

درس علوم العربية والبلاغة والتفسير وقسما من الرياضيات وسطوح
الفقه والأصول على العلماء المتخصصين لتلك العلوم - يومئذ - .
وما ان بلغ عمره (الثلاثين عاماً) حتى امتطى صهوة (البحث الخارج)
فحضر الأصول والفقه على استاذ العلماء المحقق النائبي - قدس سره - أكثر
من عشر سنين ، وحضر الأصول ايضا على المحققين الآتين : الشيخ ضياء
الدين العراقي والشيخ محمد حسين الاصفهاني .

ولازم - أخيراً في الفقه - استاذيه الجليلين الآتين الورعين : الشيخ
محمد رضا آل بسين ، والسيد عبد الهادي الشيرازي - نعمدهما الله برضوانه -
وحضر عليه - ولا يزال - جم غفير من رواد العلم وأرباب الفضل
من العرب والفرس بحيث لا يسع المجال لاستعراضهم ، فقل أن نجد من
فضلاء العصر - اليوم - إلا وقد حضر عليه قسما من دروسه الفقهية أو الأصولية
ولقد أصبح - اليوم من مراجع الشيعة وفقهاء الأمة ، يعرف بمكانته
العلمية الخاص والعام . هذا بالإضافة الى ما يتمتع به (سيدنا التقى) من
خلاق وورع نادرين . ويقوم إمامة الجماعة صباحاً ومغرباً في جامع الشيخ الطوسي
- قدس سره - وظهراً في جامع الشيخ الانصاري - رحمه الله -

كتب والف في الفقه والأصول وغيرها من العلوم الدينية كثيراً ، من
ذلك : تقريرات أساتذته العظام في الفقه والأصول ، وتعليقه على مكاسب
الشيخ الأنصاري ، وتعليقه على رسالة المغفور له آية الله استاذ الشيرازي ،
وكتاب واقعة الطف ، ورسالة عملية .

وأخيراً طلبنا من سماحته أن يقوم بدور الملاحظة والتعليق على هذا
السفر القيم (بلغة الفقيه) فكان هذا الجهد الثمين نقدمه الى المطبعة مستعينين
بالله تعالى على اكماله والله ولي التوفيق :
إدارة مكتبة العلمين العامة
في النجف الأشرف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله جامع العلم حياة القلوب من الردى ، ونور الابصار من العمى ، ورافع قدر العلماء بتفضيل مدادهم على دماء الشهداء (١) والشكر له على انتظامنا في عدادهم ، اومكثري سوادهم . وأفضل صلواته وأكمل تحياته على أهل علمه المخزون ، وسره المكنون ، حملة علم الكتاب : محمد وآله الأطهار الأطياب .

وبعد فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الطباطبائي : إني - وإن كنت أول الأمر عنيد استقبال العمر لم أقصر في طلب العلوم حسب إمكاني ، ولم يضع في غيره إلا القليل من زماني ، فكم سهرت لتحصيلها طوال الليلي ، واستخرجت بغوص الفكر في بحارها غواني اللثائي ، أجبل في مضاميرها سوابق أفكاري ، وأصيب غوامضها بصوائب سهام انظاري - لكني لم أحفظ بالتحريير ما استحصلته من

(١) هذا مضمون أحاديث نبوية كثيرة متقاربة اللفظ ، منها ما عن الإمام الصادق عليه السلام عن آبائه عن علي - عليه السلام - قال قال رسول الله (ص) إذا كان يوم القيامة وزن مداد العلماء بدماء الشهداء ، فبرجح مداد العلماء على دماء الشهداء .

راجع - عن فضل العلم والعلماء - كتاب العلم من (بحار الأنوار ج ١ - ٢) من الطبعة الجديدة . فقد جمع فأوعى كل الآيات والأحاديث الواردة في ذلك الموضوع .

وذكر العجلوني في (كشف الخفاء ج ٢ برقم ٢٢٧٦) الحديث بلفظ « مداد العلماء أفضل من دم الشهداء » واستعرض الفاظ الحديث المختلفة ، فراجع .

للضبايع ، اذ كل علم ليس في القرطاس ضاع .
 حتى اذا تألب (١) عليّ صروف الزمان ، واختلف باختلاف أغراضه
 الجديدان (٢) وولى من العمر أفضله ، وأدبر مستقبله ، وذهب بصري ،
 فخذت أن يذهب - كذهاب عيني - أثري .
 فهمتُ بتحرير بعض المسائل المهمة - لو ينفع بالشيخ الهمّ بذل المهمة -
 أخذاً بقولهم - سلام الله عليهم - : « مالا يدرك كله لا يترك كله » (٣)
 والميسر لا يسقط بالمعسور (٤) .
 قصرت أملي على من حضرني - على اختلاف معرفتهم واختلاف
 شؤونهم في تثبيت البال وكثرة المعوقات من الاشتغال - .
 فحيثما عثرت على تعقيد في التعبير ، أو سماجة (٥) في التحرير فقد
 عرفت أمره وأسلفنا لك عذره .
 وقد سميتها (بلغة الفقيه لما يرتجيه) رجاء أن يبلغنا الله تعالى بها
 مبالغ رضاه ، ويجعلها من أحسن الوسائل يوم نلقاه .
 فنقول :

(١) تألب : تجمّع وتحشد .

(٢) الجديدان والأجدان : الليل والنهار ، لأنها لا يلبان أبداً ، وهما لا يفردان
 فلا يقال : للواحد منهما : الجديد أو الأجد .

(٣) - (٤) الأول حديث نبوي شريف ، ذكره العجلوني في (كشف الخفاء

ج ٢ رقم ٢٢٥٨) . وذكر ابن أبي جمهور الاحمائي في كتابه (غوالي الثاني) :
 أنه علوي .

والثاني : علوي - كما ذكره في كتاب (غوالي الثاني) - راجع الحديثين أيضاً

في (حاشية الاشتياني على رسائل الشيخ الانصاري ص ١٨٩) طبع ابران .

(٥) سمج - بالضم - سماجة وسموجة : قبح .

رِسَالَةٌ
فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْحَكْمِ



مسألة

لما خفي الفرق على كثير بين الحق والحكم ، والتبس الأمر بينهما ، مع ابتناء كثير من الفروع الفقهية عليها ، والفرق في الحقوق بين ما يقبل النقل والاسقاط ، وبين ما لا يقبلها أو يقبل أحدهما دون الآخر .

أحببت أن أشير الى الفرق بينهما بحسب المفهوم والحقيقة ، وتحصيل ماهو الميزان الفارق بينهما والثمرات المترتبة عليها ، وميزان الفرق في الحقوق بين ما يسقط بالاسقاط وما لا يسقط به ، وما تصح المعاملة عليه - مجاناً - أو بعوض ، وما لا تصح بها أو بأحدهما ، ومعرفة مصاديق الحكم أو الحق مما وقع الخلاف فيه ، ومصاديق الحقوق القابلة للاسقاط والنقل وغير القابلة لها أو لأحدهما ، وحكم صورة الشك في كل من الأمرين بحسب ما تقتضيه الأصول والقواعد . فنقول - وبالله المستعان - :

أما الحكم : فهو جعل بالتكليف أو بالوضع ، متعلق بفعل الانسان من حيث المنع عنه والرخصة فيه ، أو ترتب الأثر عليه . فجعل الرخصة - مثلاً - حكم ، والشخص مورده ومحل ، وفعله موضوعه . وهو لا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل - بالبدئية - لأن أمر الحكم بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه . نعم ، لو كان معاقباً على موضوع ، وكان داخل فيه ، كان له الخروج عنه ، فيسقط به - حينئذ - لا بالاسقاط .

وأما الحق فهو يطلق - مرة - في مقابل الملك ، وأخرى - ما يرادفه . وهو - بمعنييه - : سلطنة مجعولة للانسان من حيث هو على غيره ولو بالاعتبار : من مال أو شخص أوهما معاً ، كالعين المستأجرة ، فإن للمستأجر سلطنة على الموجر في ماله الخاص :

وهو أضعف من مرتبة الملك ، أو أول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف .

وله طرفان : أحدهما - طرف النسبة والاضافة ، ويعبر عن المنسوب اليه بصاحب السلطنة ، وذو السلطان ، والآخر - طرف التعلق ، ويعبر عن متعلقه بالمسلط عليه .

وهو : قد يكون مستقلاً بنفسه كحق التحجير ، وقد لا يكون مستقلاً بنفسه ، بل متقوم بغيره كحق الجني عليه على الجاني ، وحق القصاص ، فهو كالمملك الذي قد يكون متعلقاً مستقلاً ، وقد لا يكون كالكلي في الذمة وقد يتحدان في المورد ، وإنما يختلفان بالاعتبار كسلطنة الانسان على نفسه ولذا قيل : « الانسان أملك بنفسه من غيره » . ومنه قوله تعالى - حكاية عن كليمه - : « إني لا أملك إلا نفسي وأخي » (١) فما به التعلق عمن ما اليه الاضافة ، وإنما يختلف بالاعتبار .

ومن فروع هذه السلطنة : تملكه للمباح الأصلي والغرضي بالحيازة ، الذي مرجعه الى حصول الربط بها بين الحائز والمحوز ، وارجاع أمر المال الى نفسه ، وجعل نفسه في وثاق المال وبعهدته ، بحيث او كان مما يجب عليه الانفاق وكسوته وحفظه لاحترامه ، كان أولى به ، فتعلق المال بالمالك معنى له طرفان : التُّغْم ، والتُّغْرَم ، وأولويه به ليس في خصوص النفع وكل ذلك من فعل نفسه بنفسه ، وليس إلا لسلطته عليها ، ومنه يظهر الوجه في توقف نفوذ التمليكات المجانية كالهبة والوصية على قبول المنتهب والمرضى له ، لأن المالك لاسلطنة له على غيره حتى يدخل المال في ملكه قهراً عليه ، وإلا لكان من الايقاعات لامن العقود . نعم ، له التمليك

(١) ونعم الآية : « قال : رب إني لا أملك إلا نفسي وأخي فافرق بيننا

وبين القوم الفاسقين » سورة المائدة : آية ٢٥ ،

لأنه من آثار سلطنته على ماله .

وأما التملك ، فن آثار سلطنة الممتلك على نفسه . فالسلطنة المجعلوة حق ، وصاحبها مالك ، وذو سلطان ، وإن كان جمعها له حكماً . وكذا الآثار العارضة لها والمتعلقة بنفسها بحيث تكون نسبتها إليها نسبة العارض إلى المعروض ، فيكون الحق موضوعاً لذلك الحكم ، دون ما كان منزعاً منها ، بحيث تعد من شعبها وتطوراتها ، فإنها من الحقوق أيضاً . وهنا كثيراً ما يقع الاشتباه بين القسمين من الآثار في المصادق وأنه من العوارض على السلطنة أو من شعبها ...

ثم الإسقاط الذي مرجعه إلى العفو : عبارة عن قطع طرف التعلق عن متعلقه ، ومورده الإنسان ، وبشبهه في الأعيان الأعراض ، بناء على خروج المعرض عنه عن الملك وعوده إلى الإباحة الأصلية ، وإلا - كما هو المقرر في محله من عدم الخروج به عنه كما هو المشهور - انحصر مورده بالحقوق المتعلقة بالإنسان ، ولو في ماله ، بناء على ما هو الحق : من أن أولوية السبق في المساجد والمدارس والخانات والرباطات والفناطر والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الأحكام التي تنفذي بانتفاء موضوعها بالإعراض عن المحل ، وهو التزاحم الذي هو موضوع المنع والحرمة ، لامن الحقوق التي تسقط بالأعراض .

ولعلك توقف على توضيح ذلك في بيان المصاديق المشبهة بينها . والنقل : هو تحويل طرف الإضافة منه إلى غيره : بهوض ، أو بجنا ، فكل من النقل والإسقاط من عوارض السلطنة وأحكامها .

ثم الحق قد يضاف إليه تعالى ، فيكون متعلقه ماسراره من الممكن ، وسلطنته عليه من أنهم مراتب السلطنة وأكملها ، لأنه سلطنة عليه بالإيجاد والربوبية ، ضرورة افتقار الممكن في تحققه إلى الواجب ، لعدم الاستقلالية

له في الوجود .

ومن فروع هذه السلطنة وحقه على الممكن أن يعيد ويوحد .
ومن رشحاتها : ولاية النبي (ص) على المؤمنين (١) وهي - وإن لم
تكن من منخ سلطنة الله تعالى - إلا أنها سلطنة عنه تعالى بالاستخلاف .
ولاية خلفائه الطاهرين ، ونوابهم المجتهدين .
فهو في طول سلطنة الله على خلقه . ولذا كان النبي - صلى الله
عليه وآله - خليفته في أرضه والأئمة خلفاءه في أمته ، والعلماء نوابهم
في شيعتهم .

وهي أقوى وأشد وأولى وأكمل من سلطنة الانسان على نفسه مع
كونها في غاية الشدة والكمال ، لأن منشأ اقتزاعها هو كون الشيء نفسه .
والى السلطتين واكتمية الأولى من الثانية أشار (ص) في قوله بغدير
خم : « ألت أولى بالمؤمنين من أنفسهم » ثم جعلها بعد الاعتراف منهم
نوطقة لبيان ولاية علي عليه السلام ، فقال : - بعده - : « من كنت
مولاه فهذا علي مولاه » (٢) قولاً بانه على الأمة التي هي بمعنى الأولوية
التصرف : مشتقة من أولوية النبي (ص) المشتقة من سلطنته تعالى على
خلقته .

ثم إن الحق - بما هو حق - يختلف بحسب اختلافه في سقوطه
بالاسقاط ، وعدمه ، ونقله الى غيره مجازاً أو بعوض ، وعدمه ، وانتقاله
قهرأ بالارث ، وعدمه - الى أنحاء شتى :

(١) قال الله تعالى في كتابه المجيد - سورة الأحزاب / ٦ - : « النبي أولى
بالمؤمنين من أنفسهم ... » .

(٢) راجع - في هذا الموضوع سنداً ودلالة - : الجزء الاول من كتاب
الدير للحجة الأميني حفظه الله .

منها - مالا يجوز عابه شيء من ذلك ، فلا يسقط بالإسقاط ، ولا ينقل بالنواقل ، ولا ينتقل بالارث ونحوه : كحق الأبوة ، وولاية الحاكم وحق الاستمتاع بالزوجة للزوج ، وحق الجار على جاره ، والمؤمن على أخيه . فانها حقوق لأربابها لا تسقط ، ولا تنتقل الى غيرهم بوجه من الوجوه .

ومنها - ما يجوز فيه كل ذلك ، كحق الخبار ، وحق الفصاح ، وحق الرهانة ، وحق التحجير ، وحق الشرط المطلق .

ومنها - ما يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل ولا ينتقل ، كحق الغيبة ، والايذاء بضرب أو شتم أو إهانة أو نحو ذلك - بناء على كونه حقاً - وإذا يجب الاستحلال منه ، ولا يكفى بالتوبة في التخلص عنه (١) .

ومنها - ما يسقط بالاسقاط ، وينتقل بالارث - على قول - ولا ينتقل بالنواقل كحق الشفعة للشريك المسبب عن بيع شريكه .

ومنها - ما ينقل - مجاناً لا بعوض - كحق القسم بين الزوجات بناء على عدم مقابله بالأعواض .

ومنها - المصاديق المشتبهة بين كونها حكماً أو حقاً .

وان وقع الخلاف في ذلك في بعض ما تقدم - أبصاً - كحق الرجوع في المطلق الرجعية وحق السبق في المسجد ، والأوقاف العامة ، والطرق النافذة ومنشأ هذا الاختلاف : هو ان الموجب للحق : إما أن يكون علة نامة ، فيستحيل انفكاكه عنه بسقوط أو انتقال ، لاستحالة تخلف المعلول عن علة النامة ، كولاية الآباء والأقارب ، والحاكم ، ومنصوبه . وانعزال

(١) وربما قيل : لأنها محض الحكم بالاثم ، ويكفى بالتخلص عنه بمحض التوبة شأن كل لثم بين العبد وربّه .

المنصوب بالعزل اخراج له عن الموضوع ، لا إسقاط للحق مع بقاء منشأ انزاعه .

ولما أن يكون من قبيل المقتضى فيمكن فيه التخلّف بحسب ما يوجب من السقوط أو النقل أو الانتقال ، إلا إذا كان المنع عنه من جهة قصور في كبريته بحسب الجعل ، كأن يكون الحق مقنوماً بشخص خاص أو عنوان خاص ، كحق التولية في الوقف إلى المتولي الخاص أو الحاكم ، فلا يجوز العدول إلى غير المجهول له بجعل الواقف من الشخص أو أفراد عنوان آخر وكذا حق الوصاية المجهول من الموصي لشخص خاص من حيث هو ، أو كان مختصاً له بالشرط ، كحق الخيار المجهول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ بنفسه . فإن أمثال هذه الحقوق إنما هي متقومة بذوات مخصوصة أو عناوين خاصة ، فلا تنتقل إلى غيرها لعدم التقويم إلا بها ، وإن جاز إسقاطها لعدم كون الموجب لها من العلة التامة .

فتلخص مما ذكرنا : أن الحق : إن كان موجبه علة تامة له ، امتنع انفكاكه عنه مطلقاً من غير فرق بين السقوط بالإسقاط ، والنقل بالتناقل والانتقال القهري بالأثر .

وإن كان من قبيل المقتضى له ، وكان مختصاً ومتقوماً بشخص خاص ، فهو ، وإن جاز سقوطه بالإسقاط لكونه مالكاً ، وليس الموجب علة تامة حتى يلزم التخلّف المستحيل ، إلا أنه لا يجوز نقله لمناقبه الاختصاص المجهول بالأصل أو بالعارض بشرط ونحوه .

وإن لم يكن كذلك بأن لم يكن الموجب علة تامة ، ولا الحق مختصاً ومتقوماً بشخص خاص ، جاز إسقاطه ونقله وانتقاله ، أوجود المقتضى ، وهو كونه مالكاً للحق ، وعدم المانع من علية الموجب له أو الاختصاص بما يوجب الخصوصية ، كحق الخيار المطلق الذي يجوز إسقاطه ونقله وانتقاله .

هذا ، واستفادة ما يتميز به الحكم من الحق وكيفية الحق من بين سائر الحقوق من الموازين المقدمة ، إنما هي من الأدلة بحسب ما يستفاده الفقيه منها ، لا ما قبل في إثبات ذلك بالرجوع الى ثبوت الآثار وعدمه من النقل والسقوط ، لأن ذلك - مع كونه مستلزماً للدور - غير مطرد ، ضرورة أن الحكم مما لا يسقط ولا ينقل ، لا كل ما لا يسقط ولا ينقل كان حكماً ، فإن الحقوق بعضها كالأحكام لا يسقط بالاسقاط ولا ينقل بالنواقل - كما عرفت - :

نعم ، لو دل الدليل على السقوط أو الانتقال أفاد كونه حقاً ، لأن الأحكام بأسرها لا تقبل شيئاً من ذلك - وحيثما شك في شيء من ذلك كان المرجع فيه الى ما تقتضيه الأصول والقواعد . فلو شك في شيء بين كونه حكماً أو حقاً نفى كل أثر وجودي مترتب على كل منهما بالأصل ، فلا يبنى على السقوط بالاسقاط ، ولا على الانتقال بالنواقل ، لا بناءً ذلك على إحراز كونه حقاً ، وبكفى الشك فيه ، فضلاً عن كون مقتضى الأصل عدمه ، وإن لم يثبت بذلك كونه حكماً ، لأنه من الأصل المثبت . وكذا لو شك في قابلية إسقاط الحق ونقله بعد إحراز كونه حقاً ، لا شك في علة الموجب وعدمها ، أو في اعتبار ما يوجب الاختصاص وعدمه ، وإن أحرز كون الموجب مقتضياً ، فإنه لا يترتب عليه شيء مما يتوقف ترتيبه على إحراز القابلية - أولاً - نعم ، يجوز التمسك بالعمومات بعد إحراز الصديق العرفي والقابلية العرفية عند الشك في القابلية الشرعية المنبعث عن الشك في تخطئة الشارع لما هو عند العرف ، أو تصرف منه فيه باعتبار شيء فيه ، أو مانعية شيء عنه . فيدفع بالعمومات المتوجهة نحوهم الداءة على إرضاء ما هو المتعارف عندهم . إلا أن مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لمعلومية اختلاف الحقوق شرعاً في جواز الاسقاط وعدمه ، وجواز النقل وعدمه . وإنما الشك في اندراج المشكوك في أي قسم منها مصداقاً ، وبالعموم لا يتميز المصداق - قطعاً - .

إذا عرفت ذلك ، فلنذكر المصاديق المشبهة بين كونه حقاً أو حكماً
والحق من بين سائر الحقوق :

فنها - جواز الرجوع في المطلقة الرجعية .

فقد ذهب المحقق القمي - قدس سره - وتبعه بعض من تأخر عنه -
إلى كونه حقاً يجوز الصلح عليه ، مستدلاً بعمومات أدلة الصلح التي منها :
« الصلح جائز بين المسلمين » (١) أي : نافذ ، من : جاز السهم :
إذا نفذ :

وأنت خير بما فيه ، لأن الشك فيه : إن كان للشك في كونه حكماً
أو حقاً ، فهو من الشبهات المصادقية التي لا يجوز فيها التمسك بالعمومات
- قطعاً - وإن كان للشك في كونه من الحقوق التي تنقل بالصلح أولاً تنقل
بعد البناء على كونه حقاً - فرجع الشك فيه إلى الشك في القابلية التي
لا يتمسك لاثباتها بالعمومات - أيضاً - اللهم إلا أن يجاب عن تمسكه بها
- بعد البناء منه على كونه حقاً كما هو صريح عبارته في كتاب (أجوبة

(١) وهو حديث نبوي - من طريق الخاصة - وتتمة الحديث « . . . إلا
صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » راجع : شرح اللمعة للشهيد الثاني ووسائل
الشريعة للحر العاملي ، كتاب الصلح ، وفي الوسائل : عن أبي عبد الله (ع) : « الصلح
جائز بين الناس » . . .

والمراد بالمحقق القمي هو الميرزا أبو القاسم القمي . قال في كتابه المشار إليه في المتن
بأجوبة المسائل ، المسمى بـ (جامع الشتات) كتاب الطلاق ، باب جواز الصلح على
الطلاق : ص ٥٣٥ طبع حجري إيران : ١٠٥٠ . وأما اندراج في الصلح فبأن يجعله عوضاً
للاصلح ، فتقول المرأة : صا لحتك هذه الفدية بأن تطالقني ، وتطلقها في عوضه ، ويشمله
عمومات أدلة الصلح ، وأنه جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً .

المسائل (١) بإرادة جواز وقوع الصلح عاياه ، بمعنى سقوط حق الرجوع الثابت للزوج بالصلح عليه ، لانتقاله به منه الى غيره ، حتى يقال فيه : من المحتمل أنه من الحقوق المتقومة بالزوج ومختص به ، فلا ينتقل الى غيره ، بل هو من الصلح الواقع في مورد الاسقاط والابراء ، مع منع كون الموجب له علة تامة ، حتى يمنع عن ذلك ايضاً ، فيكون الشك في نفوذ الصلح المنضم للسقوط وعدمه من الشك في التخصيص الذي يرجع فيه الى العموم ، دون الشك في التخصيص .

نعم ، تبقى المناقشة معه في كونه حقاً ، بل الظاهر أنه من الأحكام لامن الحقوق .

توضيح ذلك : أن المطلق إن كانت زوجة - بعد - كما يعطيه صدق « وهولتهن » الظاهر في الاتصاف الفعلي ، وترتب أحكام الزوجية الظاهر في كونها زوجة حقيقة ، فرجعه الى ضعف سبب الفرة وهو الطلاق وأنه لم يؤثر قطع علاقة الزوجية بالكلية ، فالقدرة على الرجوع من آثار بقاء علاقة الزوجية التي مرجعها الى إبقاء تلك العلاقة وإرجاعها كما كانت ، وكما أن قطع العلاقة بمعنى فكها عن الزوجية بيده ، كالتق في فك الملك بيد المالك فكذلك إبقاؤها على الزوجية . فكل من الامساك والتسريح بيد الزوج ومن أحكام سلطنته على الزوجة ، لأنها من عوارضها المتعلقة بها ، فيكون الرجوع في العدة للزوج من قبيل جواز الرجوع في العقود الجائزة الذي هو من الأحكام ، لكونه من آثار علاقة الملكية السابقة ، بناء على ضعف سببية العقد الجائر في قطع علاقة الملكية .

وان قلنا بخروجها عن الزوجية بالطلاق ، وان ترتب عليها حكم

(١) راجع : جامع الشتات للمحقق القمي المعروف بـ (أجوبة المسائل) كما

في المتن : كتاب الطلاق باب جواز الصلح على الطلاق :

الزوجة - تعيداً - كما يشعر به قوله تعالى : « . . . أحق بردهن » (١) .
 لظهور الرد في الرجوع بعد الخروج . غير أنه تحدث للزوج سلطنة جديدة
 على إرجاعها وإبطال سببية الطلاق للفرقة . كما تحدث الذي الخيار سلطنة
 على فسخ العقد اللازم ، وأن زمان العدة - نظير ثلاثة أيام لخيار الحيوان
 - كان حقاً ، لاحقاً ، لاحقاً ، كحق الخيار في العقود اللازمة . وحيث أن
 المستفاد من الأخبار ، وكلمات علاننا الأخبار : أنها زوجة - حقيقة -
 لاحقاً تعيداً ، وإن علقمة الزوجية باقية ، لا جرم اتجه كونه حكماً ،
 لاحقاً ، فلا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنقل .

هذا ، وقد حكى المحقق المتقدم عن بعض معاصريه : أن اثر الصلح
 مع الزوج على حق الرجوع ليس الا الحرمة التكليفية ، وإلا فلو رجع
 بعده نفذ رجوعه في إبطال الطلاق . وتعجب من ذلك غاية العجب .
 قلت : وتعجبه في محله أن أراد تأثير الرجوع بعد سقوط حقه بالصلح
 عليه ، إذ لاحق الفرض حتى يرجع به . ولكن من المحتمل - قوياً - أن
 يريد بوقوع الصلح كون المصالح عليه ترك الرجوع ونفس عدم الفعل
 الذي مرجعه الى مجرد الالتزام بعدم استيفاء حقه ، لا سقوط الحقبة من
 أصله .

وعليه ، فله وجه وجيه يتمسك على صحته بمعوم أدلة الصلح بناء
 على الأقوى من كونه عقداً مستقلاً إن كان المصالح عليه نفس الترك ومجرد
 عدم الرجوع ، لأنفس جوازه الذي هو حكم الحق وأثر من آثاره ، لما
 عرفت من أن الحكم لا يسقط ولا ينقل لأن أمره بيد الحاكم ، بل ويجوز

(١) تمام الآية : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن
 ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، ويعولنهن أحق بردهن
 في ذلك إن ارادوا إصلاحاً ... : البقرة / ٢٢٨ .

ج ١ ومن المشتبهات : الخيارات والأولوية بالسبق في المساجد وغيرها ٢٣

الصلح على هذه الكيفية ، حتى لو قلنا بأن حق الرجوع في العدة من الأحكام لا من الحقوق ، لأن المصالح عليه بالفرض نفس الترك وعدم الرجوع ، لا الحكم بجوازه .

فلا فرق في جواز الصلح على هذا التفريع بين كونه مصداقاً للحق أو للحكم ، غير أنه على التقديرين يتفقد رجوعه لو رجع بها ، وإن أئتم به ، إلا أن الغالب وقوع الصلح في أمثال المقام لئلا يتمكن من الرجوع بحيث لا ينفذ رجوعه لو رجع ، وهو لا يتم إلا بالصلح على الحق ، لا بمجرد عدم الرجوع مع بقاء الحق ، فافهم .

ومنها - الخيارات ، فإنها من الحقوق - قطعاً - لكونها سلطنة مجموعة بأحد أسبابها للمتعاقدين أو الأجنبي على إبطال العقد اللازم وحله ، وموردها العقود اللازمة ، وإلا فالعقد الجائز لا خيار فيه ما دام جائزاً ، إلا إذا عرض عليه اللزوم بسبب ، فيؤثر - حينئذ - سبب الخيار فيه خياراً .

وكيف كان ، فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ، فضلاً عن سقوطه لعمومات أدلة المعاوضة ، مضافاً الى عموم « أوفوا بالعقود » (١) بعد إحراز القابلية بما دل على سقوطه بالاسقاط وانتقاله بالارث الكاشفين عن عدم كون الموجب له علة تامة ، وعدم كون الحق مثقوماً بذاته من حيث هو ذاته ، وإلا لم يكن لينتقل عنه بالارث .

ومنها - الأولوية بالسبق في المساجد والمدارس والقناطر والرباطات والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الحقوق الراجعة الى عموم الناس أو المنبسط بعنوان منهم . فالذي يظهر من كثير منهم أنه من الحقوق ، ولعله نظراً الى إطلاق الحق عليه في حديث : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد كان

(١) تمام الآية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... » المائدة / ١

أحق به ، وفي آخر : « كان له » بدل قوله « أحق به » (١) بناء على ظهور اللام فيه .

ويحتمل - قوياً ، بل لعله الأقوى - كونها من الأحكام ، بمعنى تحريم مزاحمة السابق فيما سبق إليه مما له فيه حق يجعل الواقف الذي هو وغيره فيه شرع سواء بذلك الجعل ، ضرورة أن الواقف لم يجعله وقفاً على السابق منهم حتى يختص به هو دون غيره ، ولا أحدث السابق حقاً جديداً له وراء ما جعل له الواقف حتى يكون له حقان : استحق أحدهما بالوقف كغيره ، والآخر استحققه بالسبق دون غيره ، فيسقط هو بالإعراض عنه دون المجهول بالوقف ، بل السبق سبب لحرمة مزاحمته فيه ومدافعته عنه مطلقاً ، ولو كان المزاحم من مصاديق عنوان الموقوف عليه ، فتقديم السابق في تزاحم الحقوق كتقديم الأهم في تزاحم الواجبات في كونه من الأحكام . فبالإعراض عن المحل يرتفع التزاحم الذي هو موضوع الحكم بالتحريم ، بل لعله يشعر به التعبير بالأحق في الحديث ، والزيادة لاختصاص الاستيفاء ، واللام لمطلق الاختصاص .

وان آيت إلا عن كونه حقاً ، كما لعله المشهور أو الأشهر بتقريب أن السبق بوجب تعيين العنوان الكلي في المصداق الخاص ما دام سابقاً وشاغلاً للمحل أو غير معرض عنه كتعيين مصداق المالك بالقبض في الخمس والزكاة من السادة والفقراء ، فليس - هنالك - للسابق إلا الحق المجهول بالوقف للعنوان أو الجهة المتعين له بالسبق ، فيكون - حينئذ - من الحقوق ، لامن الأحكام ، فتظهر الثمرة .

مع انه - على القولين - يسقط بالإعراض ، ولا يورث فيما

(١) في (الجامع الصغير للسيوطي) و (كنوز الحقائق للمناوي) - بمادة من -

الحديث هكذا « من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له » .

لو زوحم ودفع عن المحل كان المزاحم غاصباً ، وصحة الصلاة فيه مبنية على مسألة اجتماع الأمر والنهي بنسب على كونه حقاً ، وأما على كونه حكماً ، فيصح تصرفه فيه ، لأنه من التصرف في حقه بمجمل الواقف ، وإن فعل محرماً بدفع السابق عنه ، بل لعله ينعكس الأمر بعده ، فيحرم على المدفوع مزاحمة الدافع . ولو تنزلنا وقلنا ببقاء الحرمة ما لم يعرض المدفوع عنه ، فصحة الصلاة فيه - حينئذ - مبنية على مسألة الضد لا مسألة اجتماع الأمر والنهي . فافهم (١) .

ومنها - جواز الصلح على حق الدعوى وتفوذه . قال في (الوقاعد) :
« لو صالح الاجنبي المدعي انفسه ليكون المطالبة له ، صحح - ديناً كانت

(١) وبالجمل ، إن الأولوية الحاصلة للسابق في المسجد وما كان من قبله إن قلنا : إنها حق بالمعنى الأخص لأن سبق اليه لا يجوز غصبه منه والتعدي عليه بمزاحمته نظير حق التمتع على الأرض الموات لمن حجر عليها ، وعليه فصحة صلاة المزاحم فيه تبني على مسألة اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد مع تعدد الجهة والخيرية ، إذ الصلاة المعينة من حيث كونها عبادة مأمور بها ، ومن حيث كونها غصباً وتعدياً على ذي الحق منهي عنها . وبناءً على امتناع امتثال أمر الصلاة بما جمع العنوانين والخيرين - إذ لا بطاع الله تعالى من حيث يعصى - تفسد صلاة المزاحم هذا . وأما إن قلنا : إن الأولوية المذكورة حكم لاحق ، وأن مرجعها إلى حرمة مزاحمة السابق ودفعه عما سبق اليه من المكان ، فتصح صلاة المزاحم بعد الدفع عنه إذ هو تصرف فيما له التصرف فيه من المذكورات ، غاية الأمر كونه عاصياً بدفعه من سبق . وأما إن قلنا بحرمة المزاحمة - حدوثاً وبقاءً - ما لم يعرض المدفوع عما سبق اليه ، فمرجع ذلك إلى الأمر بإفراغ المحل له ، فصحة الصلاة وعدمها مبنية على مسألة الضد ، فإن قلنا بأن الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص ، فالصلاة تفسد لكونها إشغالاً للمحل كما لو قلنا بعدم الاقتضاء للنهي عنه ، ولكن قلنا بتوقف صحة العبادة على ورود أمر بها ، ولا يكفي بالحبوبية الذاتية ، فتفسد أيضاً ، إلا أن نقول بالترتيب . (هذا مجمل القول والتفصيل في كتب الأصول) .

الدعوى أو عيناً (١) .

قلت : الصلح مع المدعى : إما أن يكون من الأجنبي لنفسه ، أو من المدعى عليه . وعلى التقديرين ، فإما أن يكون الصلح على المدعى به ، أو على مجرد حق الدعوى لأنه من الحقوق لامن الأحكام ، فإن كان على المدعى به - وكان من الأجنبي - انتقل إليه حق الدعوى ، تبعاً لما انتقل إليه بالصلح من المدعى به - عيناً كان أو ديناً - وإن كان من المدعى عليه ، سقط الحق عنه ، لأنه لا يملك على نفسه ، وينتقل إليه المدعى به إن كان عيناً ولم يكن له في الواقع مع فرض صحة الصلح منه . وإن كان على حق الدعوى مجرداً عن المدعى به ، فالظاهر بطلان الصلح وعدم نفوذه لعدم استقلالية هذا الحق لنفسه حتى يصح الصلح عليه ، ضرورة كونه منزعاً من الحق المدعى به ومسبباً عنه ، دائراً مداره وجوداً وعدمه ، فلا استقلالية له في الوجود : بل وجوده وجود عرضي يتحقق بوجود معروضه . كيف ، وما كان كذلك يستحيل تفكيكه عنه ونقله بالصلح ، لأنه من تخلف المعلول عن علته الثابتة ، وهو الوجه في عدم جواز الصلح عليه مجرداً ، إلا ما قبل : من أنه أو صالح عليه وأثبت المدعى به ليس له أخذه ، لأنه لم يصالح عليه حتى يجاب عنه - كما في جامع الكركي - بأنه بالصلح يقوم مقام المدعى في أخذ المدعى به بعد إثباته (٢) .

(١) راجع : قواعد العلامة ، كتاب الصلح ، الفصل الثالث في التنازع .

(٢) راجع : جامع المقاصد في شرح قواعد العلامة : ج ١ كتاب الصلح :

الفصل الثالث في التنازع ، فإنه علق على نفس عبارة العلامة الآفة بعبارة طويلة آخرها قوله : ... وكذا لقائل أن يقول : لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط ، فإن ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق ، لكن يرد عليه - حينئذ - أنه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه ، ويجاب بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق ، فإن ثبت الحق أخذه ، والا كان له استحقاق الدعوى وطلب المين . وبالجمل : فيقوم مقام المدعى ...

هذا ، ولكن الأظهر بطلان الصلح على المدعى به قبل اثباته لأنه محكوم ظاهراً بملكيته للمدعى عليه ، وهو مستلزم لبطلان الصلح عليه ظاهراً لأنه من الصلح على مال الغير شرعاً ، وهو باطل . فمرجع الصلح - حينئذ - ليس إلا الصلح عن حق الدعوى الذي يكفي في ثبوت احتمال صحته ، وانتقاله اليه بهذا المعنى مستلزم لانتقال متعلقه في الواقع إن كان له ليقوم الاحتمال في حقه ايضاً ، تصحيحاً للمعاملة ، وإن لم يكن له فالصلح عليه هو نفس هذا الحق المنزع من احتمال كونه متعلقه له .

واعلم مراد (الكركي) في الجواب ، بأنه بالصلح يقوم مقام المدعى في اخذ المدعى به بعد اثباته ، وإلا فكيف يستحق المدعى به بعد الاثبات مع انه لم يجر الصلح عليه ؟ .

وكيف كان ، فالصلح يبطل ان وقع عن المدعى به - فقط - وكذا ان وقع عن حق الدعوى بشرط التجرد عنه ، وإلما يصح لو جرى على حق الدعوى - لا بشرط - هذا ، ولو جرى الصلح على نفس ترك الدعوى دون حقها لم يسقط حقه وكانت دعواه مسموعة ، وإن وجب عليه الترك . ولكن ، هل يجوز له أن ينقله الى غيره ، فيطالب الغير به ؟ الأقرب ذلك ، لعدم منافاته لما ألزم به بالصلح من عدم المطالبة - بنفسه أو بوكيله . ولو مات انتقل الحق الى وارثه فله المطالبة به لعدم التزامه بما ألزم به مورثه ، ولو مات من كان عليه الدعوى - في الفرض - فله المطالبة من وارثه لأنه غير من ألزم له بتركها إن وقع الصلح على ترك مطالبة ، وإن وقع على ترك الدعوى على العين استمر المنع الى ما بعد الموت - أيضاً - لأن الملتزم به ترك الدعوى على العين لاعلى من كانت بيده ، بخلاف الأول ، ومثله يجري التفصيل بين الاطلاق والتقييد فيما لو نقل العين الى غيره ، فافهم .

ومنها - حق اليمين ، فانه من الحقوق التي يصح الصلح عليها حيث

ما يستحق الاحلاف فيكون مفاد الصلح عليه هو الاسقاط .
ومنها - حق الغيبة ، وسائر أنواع الاهانة لأخيه المؤمن مما يوجب
إدخال النقص عليه فانها تسقط بالاستحلال او إسقاط ، ولا يتقبل ولا
يورث . فالذي يترأى - في بادىء النظر أن هذه الافعال من الغيبة والشتم
والإيذاء ونحو ذلك ، أسباب توجب حدوث حق جديد للمغتتاب ونحوه .
ولكن في الحقيقة ليس الأمر كذلك ، بل هي منلفات للحق الثابت
له بأصل الشرع ، فهي من تضبيع الحق وإتلافه ، وليس عليه لإلماضيته
من الحق التالف .

توضيح ذلك : إن للمؤمن - أو المسلم - حقوقاً على أخيه ، منها
واجبة ومنها مندوبة . ومن الأول احترام عرضه ، فانه حق له مستمر على
أخيه المسلم واحترام ماله من احترام نفسه . ولذا من لحرمة له في نفسه
لاحرمة لماله ، كالخربي الذي يملك ماله ، ولذا كان مكلفاً بالعبادات المالية
كالخمس والزكاة ، وإن لم يصح منه إلا بالاسلام ، غير أنه يجوز لنا
مزاحمة في ماله ، لعدم احترامه . والمسلم ، وإن كان ماله محترماً ، إلا
أن زمام احترام ماله بيده ، فله إسقاطه لعدم منافاته لاحترام نفسه ، ولا
كذلك احترام عرضه ، فليس بيده زمامه حتى يسقط بإسقاطه . ولذا
لا تخل غيبة من جعل الناس في حل من غيبته ، وحرمة عرضه مستلزمة لتحريم كل
ما يلزم منه عدمها ، لأنها موجب لإتلاف حقه وتضبيعه وعليه بدل التالف
لاحق جديد ، ووجوب الاستحلال مع عدم المخذور - لو قلنا به - فانما
هو للتخلص عن ضمان البذل الأخرى من تحمل ذنوبه أو تحويل حسناته
إليه ، كما ورد في بعض الأخبار ، وهو أمر آخر ، مع أنه يحتمل أن يكون
ذلك كله أصلاً وفرعاً من الأحكام ، وإن اطلق عليها لفظ الحق فتأمل ؛
ومنها - حق الشفعة الذي دل الإجماع - بقسميه - والسنة المستفيضة

بل المتواترة معنى - على ثبوته للشريك ببيع شريكه حصته ، فله سلطنة انزع المبيع - قهراً - من المشتري بنفسه ، وهو يسقط بالاسقاط ، اجماعاً من المسلمين لكونه رخصة ، لا عزية ، شرع ارفاقاً للاشبيع بدفع ضرر الشركة عن نفسه ، ولعدم كون الموجب له علة تامة ، وينقل بالارث على الأشهر - بل المشهور - للاجماع المحكي نصاً وظاهراً ، المعتضد بالشهرة العظيمة ، وللشوي المنجبر : « ماترك الميت من حق فلو ارثه » (١) المؤيد بعمومات أدلة الارث ، كتاباً وسنة .

وأما نقله بمعنى تحويله منه الى غيره ، فلم اعثر على من جوزة ، بل الظاهر ، اتفاقهم على عدمه ، من غير فرق بين نقله مستقلاً او منضمّاً الى حصته . وفي سقوطه ببيع حصته ، فللمشتري الشفعة فيه أو بقاؤه للاصل مع كون الشركة علة الحدوث دون البقاء - وجهان : ولعل الأول هو الأقوى نعم يصح الصلح المنضم للاسقاط عليه مطلقاً ، ولو من الاجنبي فيسقط بمجرد من دون حاجة الى إنشاء الاسقاط ، إلا اذا صالحه على نفس الاسقاط فيجب عليه فعله ، ولا يسقط بدونه ، ولكن ، لو تركه وأخذ بحقه ، ملكه ، وإن أتم بالترك . ومثله مالو وقع الصلح على مجرد ترك استيفاء الحق دون نفس الحق ، فله استيفاءه لبقاء الحق بالقرض ، وإن أتم به .

اللهم إلا أن أن تدعى الملازمة بين السقوط والالتزام بعدم الاستيفاء ولكنه على عهدة مدعيها .

نعم يبقى هنا سؤال الفرق بين الانتقال القهري بالارث والنقل الاختياري الى الاجنبي بأحد النواقل منضمّاً معه حصته - ايضاً - كي ينتقل

(١) راجع : كتاب الرياض للسيد الطباطبائي : ج ١ فصل ٣ الخيار ، باب

في الأول ، ولا ينتقل في الثاني مع اتحادهما في تحقيق الشراكة وتجديدها ، ولعله لكون الارث مرجعه الى قيام الوارث مقام المورث ، ونزله منزله . ولذا كان له ماترك من حق ، ولا كذلك النقل بالنواقل ، فانه من تحويل الملك من المالك الى غيره ، لامن قيام الغير مقام المالك .

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : الفارق بينهما هو قيام الدليل على ثبوت هذا الحكم المخالف للاصول والقواعد في الانتقال القهري من الاجماع وغيره وعدم قيامه في غيره مع منع عموم يقضي بصحة النقل في كل حق إلا ماخرج ، مع أنه قد يقال : إن مرجع الشك - هنا - الى الشك في القابلية التي لا يمكن إجراؤها بالعموم ، او فرض وجوده - فتأمل - .

ومنها - النفقات . والاقترب : أن بعضها حقوق ، وبعضها أحكام أما نفقة الزوجة ، فهي من الحقوق - قطعاً - لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص . ولذا تقضى أو أدخل بها الزوج مع تمكينه من نفسها - إجماعاً - بقسميه ، ومنقوله فوق الاستفاضة ، معتضداً بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، فيسقط بالاسقاط وينقل بالنواقل وينقل بالارث كغيره من الديون .

وأما نفقة الاقارب من الأبوين - مطلقاً - أو الأدين منها والاولاد ، فالأقرب إنها من الأحكام ، إذ غاية ما يستفاد من أهلها وجوب البذل للمواساة وسد الخلة ، وإذا لايفضها من وجب عليه البذل لو أدخل به ، وإن أتم - بللاخلاف - كما عن جماعة بل إجماعاً كما عن غير واحد (١)

(١) قال المحقق في (الشرائع آخر كتاب النكاح باب القول في نفقة الاقارب ... ولا تقضى نفقة الاقارب لأنها مواساة لسد الخلة فلا تستقر في الدمة . وقال سيدنا في (الرياض - في هذا الكتاب والباب) . . . وتقضى نفقتها (اي الزوجة) دون نفقتهم (اي الاقارب) بللاخلاف في شيء من ذلك ، بل حكى جماعة الاجماع =

وليس إلا لما ذكرناه من كونه حكماً لاحقاً ، والا فاصل في الحقوق المالية أن نفضي ، ودعوى الخروج عنه في المقام بالاجماع وأنه من الاجماع على خلاف القاعدة - كما صرح به شيخنا في (الجواهر) (١) ممنوعة جداً ، إذ لا موجب للالتزام بكونه حقاً ، حتى نلتزم بالخروج عن القاعدة للاجماع . وحينئذ ، فلا تسقط بالاستقاط ولا تنقل بالنواقل . ومثلها نفقة المملوك ، فإنها تجب على المالك للمواساة وسد الخلة - ايضاً - مضافاً الى عدم إمكان فرض حق له عليه .

ومنها - الوصية التي هي عبارة عن إعطاء ولاية التصرف للوصي من الموصي في ثلث ماله بعد الموت . فهي من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطنة المالك في ملكه ، بل هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصي بأداة الوصية ، فانتقل منه ما كان له من ملكية التصرف اليه ، فهي لا تسقط ولا تنقل بوجه من الوجوه .

= عليه وهو الحجة فيه مع النص الآتي في الأول مع تأمل يظهر وجهه . وعللوا الثاني بأن وجوب النفقة فيه على وجه المعاوضة في مقابلة الاستمتاع بخلاف نفقة القريب فإنها إنما وجبت للمواساة ورفع الخلة ... فلا تستقر في الذمة ولا يجب قضاؤها ، ويمثل هذا الحكم والتعليل في اللمعة وشرحها للشهيدين والجواهر - في نفس الكتاب والباب - .

(١) قال شيخنا في (الجواهر - كتاب النكاح ، باب نفقة الاقارب) في شرح قول المحقق (ولا نفضي نفقة الاقارب) « ... نعم قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لآدمي ، ودعوى كل الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه ، واضعة المنع بعد اطلاق الأدلة المزبورة وحرمة للعلة المستنبطة عندنا ... فالعمدة حكم الاجماع فهو مع فرض تمامته في غير المفروض » .

ولعل مثلها الوكالة على بيع الرهن في ضمن عقد الرهانة ، فانه من التولية عليه دون التوكيل ، ولذا لا يملك عزله - على الأقوى - بخلاف غيره من العقود اللازمة لو اندرجت وكالة فيه ، فانه يملك عزله وينعزل به ، وإن أتم فيه - على رأي قوي - بل ولو شرط عدم نفوذ العزل كان من الشرط الفاسد الموجب للخيار ، ضرورة منافاته لماهية الوكالة وحقيقتها التي هي عبارة عن مجرد الأذن الخاص في التصرف وبعض الرخصة فيه ولذا كان جواز التصرف فيها من الأحكام لامن الحقوق . ولنفصيل الكلام فيه محل آخر . وبالجمل ، غير بعيد دعوى الفرق بين جعله وكبلا على بيع الرهن في عقد الرهانة ليحصل الوثوق التام بالاستيفاء والوكالة على غيره في سائر العقود اللازمة يجعل الأول من التولية التي لا بأس بها لو قلنا بأنه لا يملك عزله ، والثاني من الوكالة التي يتنافى عدم نفوذ العزل فيه . ومنها - إجازة المالك في بيع الفضولي ، فانها من الأحكام لأن معناها إمضاء البيع الواقع في ملكه ، فهو كما لو باعه بنفسه من الآثار المتعلقة بنفس السلطنة التي هي له ، ومثلها الرد الذي مرجعه الى إبقاء ملكه على ما كان ، وكل من النقل والاهتمام من الأحكام ، لامن الحقوق .

هذا ماوسعني من الكلام في هذا المقام على تشقت البال وضيق المجال وهو الموفق للسداد والهادي الى سبيل الرشاد .

التعليق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين
من الآن إلى قيام يوم الدين .

قال سيدنا الحجة خاتنا المرحوم السيد محمد آل بحر العلوم - تغمده
الله برحمته وأمسكه فسيح جنته - في رسالته في (تحقيق الفرق بين الحق
والحكم) : « أما الحكم فهو جعل بالتكليف أو الرضع » إلى أن يقول
- قدس سره - : « وأما الحق فهو يطلق مرة - في مقابل الملك وأخرى
ما يرادفه ... » إلى آخر كلامه - رحمه الله - :

أقول : قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ما جعله الشارع
المقدس بالجعل التأسيسي ، والإمضائي . وهو بهذا الإطلاق عبارة عن
التحقق والثبوت : ويشمل الحكم الشرعي تكليفاً وإمضاءً ؛
وله إطلاق آخر أخص من هذا العنوان العام في اصطلاح الفقهاء ،
خصوصاً المتأخرين منهم ، وهو عبارة عن مرتبة ضعيفة من الملك ، وإضافة
ناقصة مجعولة من المالك الحقيقي - تبارك وتعالى - لذي الحق ، أعم من
وجود من عليه الحق أو عدمه ،

وعبر عنها بعض المعاصرين بالملكية غير الناضجة ، وهو تعبير حسن
فإن المرتهن للعين المجعولة من الراهن وثيقة لدينه الذي له عليه - وإن كان
ذا إضافة وسلطنة عايقها - ومن هنا يمنع الراهن من التصرف فيما ملكه من
العين المرهونة - مطلقاً - أو خصوص التصرف المنافي لحق المرتهن - على

الخلاف - ولكن ليس للمرتهن بالنسبة الى الرهن من التصرف فيه ، سوى استيفاء دينه منه ببيعه واخذ مفسدات حقه من ثمنه عند امتناع تحصيله من المدينون . وكذا من له الخيار في عقد البيع - مثلاً - فانه - وان كان ذا حق متعلق بالعقد وسلطنة عليه من حيث القدرة على فسخه وإقراره او متعلق بالعين التي خرجت عن ملكه الى ملك طرفه بالتسلط على إعادتها الى ملكه بفسخ العقد ، ومن هنا يمنع طرفه من التصرفات المنافية لحقه فيما انتقل اليه وملكه بالعقد - لكن حقه المجهول له لا يتجاوز التسلط على فسخ العقد أو إقراره ، او التسلط على استرجاع العين التي نقلها الى طرفه اليه - بناء على تعلق حقه بنفس العين المنقولة الى طرفه -

وهكذا كل من له حق بالمعنى الأخص ، فان له شأناً من شؤون الملك . فان من له حق الشفعة فيما باعه شريكه في شركته ، له أخذ الشقص (١) وتملكه من مشتريه بما اشتراه من الثمن - قهراً عليه - ومن حجير على موات من الأرض ، أو سبق الى وقف على عنوان يشملها ، فأشغله بنفسه أو بمتاعه ، فماله من الحق هو اختصاصه به وعدم الحق لآخر في مزاحته عليه ، وان كان ممن يشملها عنوان الموقوف عليه - بناء على ما هو المشهور من كون ذلك من قبيل الحقوق - وان احتمل سيدها المصنف بل قوى كون ذلك من قبيل الأحكام - على ما سبق من رسالته - فراجع ومثاله حق الاختصاص فيما لم يكن متمولاً من الأشياء كالخمرة القابلة للتخليل ، ونحو ذلك :

والحاصل : إن العلقه والاضافة الحاصلة بين المضاف والمضاف اليه اذا كانت تامة صالحة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً . واذا كانت ناقصة

(١) الشقص - بالكسر - السهم والنصيب ، مأخوذ من قولهم : شقص الذبيحة

أي قطعها سهاماً معتدلة بين الشركاء .

لا تصلح إلا لنحو من الثقلاب لقصور في نفسها أو متعلقها - تسمى حقاً ، كالإضافة لمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة والحاصلة للشفيع بالنسبة إلى حصة شريكه المبيعة في شركته ، فإن المرتهن ليس له سوى استيفاء دينه من الرهن إذا لم يبق المديون . والشفيع ليس له من السلطنة الا تملك ما اشتراه المشتري من الحصة بالثمن الذي اشتراه به . وكذا الإضافة الحاصلة لدى الخبار ، فإنه - بناء على تعلق حقه بما خرج عن ملكه إلى ملك طرفه - ليس له الا التسلط على اعادته إلى ملكه بفسخ العقد . وأما بناء على تعلق حقه بالعقد وتسلطه على فسخه واقراره ، فالقصور في متعلق الإضافة :

ونظيره من هذه الجهة : حق التحجير على موات من الأرض وحق السبق إلى مكان مباح أو وقف عام ، فإن الموات لا يملك بالتحجير عليه ، والمباح والوقف لا يملكان بالسبق إليها . وغاية ما يحصل لمن حجر أو سبق حق اختصاص فيها حجر عليه أو سبق إليه لا يجوز غصبه منه ومزاحمته عليه .

ثم إن المائز بين الحكم والحق : هو أن الحكم لا يسقط بالإسقاط إذ هو معمول من الشارع المقدس على موضوعه ، فزامه بيده ، وأمر وضعه ورفعته إليه بخلاف الحق ، فإن قوامه قابليته للإسقاط والعفو ممن جعل له وهو - وإن كان كالحكم من حيث الجعل من الشارع الاقدس - إلا أن نحو الجعل مختلف ، فإن الحق جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده ، فله الأخذ به ، وله العفو والإسقاط ، بخلاف الحكم فإنه معمول من الشارع المقدس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه : وبالجملية : فإن الحق سلطنة معمول زمامها بيد ذي الحق فله القدرة على الأعمال والإسقاط .

فما ذكره سيدنا الخال - قدس سره - حيث يقول : « منها - أي من الحقوق - : مالا يجوز عليه شيء من ذلك فلا يسقط بالاسقاط ولا ينقل بالتناقل ولا ينقل بالارث كحق الأبوة وولاية الحاكم ، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الجار على جاره والمؤمن على أخيه فانها حقوق لأربابها لا تسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه » انتهى .

قابل للمناقشة ، اذ الحق الذي هو سلطنة ضعيفة على الشيء ومرتبة ناقصة من الملك بجميع اقسامه وأنحاءه ، قابل وصالح للاسقاط بمقتضى طبيعه - كما حكى ذلك عن شيخنا الشهيد - قدس سره - وجعل ذلك هو الضابط في الفرق بين الحكم والحق .

وما افاده سيدنا : من تنظير مالا يسقط بالاسقاط بحق الأبوة وولاية الحاكم ، الى آخر ما ذكره من الامثلة :

غير واضح ، فان جملة ما ذكر من الامثلة ليس من الحق بالمعنى المصطلح الذي هو مرتبة ناقصة من مراتب الملك وانما هي من قبيل الأحكام فان ما مثل به من (حق الأبوة) إن كان مراده بحق الأبوة وجوب إطاعة الولد للأب وحرمة معصيته مما كان مستلزماً لعقوقه وسخطه ، فانه ليس من قبيل ما نحن فيه من الحق الذي هو بمعنى المملكية الضعيفة ، وانما هو حكم شرعي الزامي على الولد بالنسبة الى والديه ثبت بدليله الخاص - احتراماً لها وجزاء على احسانها اليه ، كما أنه لو كان المراد سلطنته على التصرف في مال ولده الصغير بما يحصل به حفظه عن التلف وما يرجع الى مصلحته من البيع او الشراء له بما له ، وانحو ذلك ، فانه - أيضاً - من الحكم الشرعي الثابت بدليله للأب فيما يرجع الى مال الولد والترخيص في تصرفه فيه ونفوذه عليه ، وليس من الحق الاصطلاحي المذكور لمن له الحق بما يعود فيه نفع لذي الحق .

نعم ، ثبت للاب عند مسيس الحاجة - جواز أخذ مال الولد وصرفه على نفسه وعلى من يعول به ، ما لم يكن مجحفاً ومسرفاً في ذلك .
 فعن الشيخ - قدس سره - باسناده « عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - صلوات الله عليه - قال : سألت عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال عليه السلام يا كل منه ماشاء من غير سرف » قال وقال - ع - وفي كتاب علي (ع) : إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه ، والوالد يأخذ من مال ابنه ماشاء . . . الى قوله : وذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك » .

وعن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام : « أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج اليه مما لا بد منه ، إن الله لا يحب الفساد » (١) .

والعل سببنا - قدس سره - يريد من حق الأبوة ما ذكرناه - أخيراً - وعلى كل ، فالظاهر كون ذلك - ايضاً - ليس من الملك الضعيف الذي هو حق اصطلاحاً ، وإنما هو حكم من الشارع وترخيص منه بأخذه ما يحتاج اليه من مال ابنه عند الحاجة الماسة اليه ، ولا معنى لسقوطه بالاستقاط ولا نقله بالنواقل ، ولا انتقاله بالإرث .

وأما ولاية الحاكم ، فما لا إشكال فيه كون الفقيه الجامع للشرائط له ولاية التصرف في مال الطفل والغائب - في الجملة - لمصالحتهما - وسيأتي

(١) راجع هذين الحديثين في كتاب التهذيب - المكاسب - ج ٦ ص ٣٤٣ طبع النجف الأشرف .

و حديث « أنت ومالك لأبيك » تذكره عامة الصحاح عن النبي (ص) راجع كشف الخفاء للعجلوني : ج ١ ص ٢٠٧ حديث (٦٢٨)

بيانه في مبحث الولاية . وهي بالمعنى المذكور ليست من الحق الاصطلاحي ايضاً ، وانما ذلك حكم من الشارع وترخيص منه للحاكم في التصدي لذلك رعاية لمصلحة المولى عليه ، ولا يعود منه نفع للحاكم غير الأجر والثواب :

وأما حق الاستمتاع للزوج بالنسبة الى زوجته ، فعدم كونه من الحق - بمعنى الملك - واضح ، فان مرجعه الى حكم من الشارع على الزوجة بعدم جواز امتناعها وترفعها عن ذلك عند ارادة الزوج له فيما لو كان ملتزماً بحقوقها الواجبة عليه ، ولا مناسبة بينه بالمعنى المذكور - وبين الحق بمعنى الملك .

كما أن مرجع حق الجار على جاره أو الاخ المؤمن على أخيه : المحافظة على مقام الاخوة والجوار وعدم التصدي الى ما ينافيه .

وبالجملة ، هذه الحقوق ونظائرها ، وما ذكره سيدنا بعد ذلك من حق الغيبة والإيذاء بضرب وشتم أو إهانة أو نحو ذلك : الظاهر أنها من الأحكام ، وليست من الحقوق بمعنى الملك ، ووجوب الاستحلال من المستغاب أو المناذي أو المهان - على فرضه - انما هو من جهة ظلمه بهتك عرضه أو إيذائه ونحوه ، لا لثبوت حق مملوك له عليه .

كما أن حق التولية المجمعول من الواقف للمتولي على الوقف وحق الوصاية المجمعول من الموصي لشخص خاص على أطفاله أو على التصرف في ثلث ماله ، ونحو ذلك مما يكون من شؤون ولايته على الأطفال وسلطنته على نفسه أو على ماله ، كل ذلك - على الظاهر - أنها من قبيل الحكم لا الحق بالمعنى المصطلح .

وما ثبت بالدليل أن الموصي اليه له رد الوصية في حياة الموصي فتبطل وصايته بشرط بلوغ الرد للموصي ، وإمكان نصبه غيره على وجه موافق للاحتياط

ليس ذلك من حيث كون الوصاية حقاً للوصي والرد إسقاطاً له وإلا لجاز له ذلك وصالح - مطلقاً - بلا شرط .

وبالجملة ، فالظاهر أن الولايات على إطلاقها وشعبها المجهولة ممن له الجعل والنصب لأشخاص أو أنواع من حيث الترخيص في تصرفاتهم في مال الغير أو نفسه وصحتها ونفوذها - ومنها باب الوصاية - من قبيل الأحكام الدائمة لموضوعاتها في مواردنا - ترخيصاً أو إمضاء - ومن هنا لا تقبل الإسقاط ، فهي من قسم الحق بالمعنى العام ، لا من الحق بالمعنى الأخص الذي هو من مراتب الملك المقابل للإسقاط بمقتضى طبيعته .

فما ذكره سيدنا - قدس سره - : « من أن الوصية من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطة المالك في ملكه ، بل هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصى بأدلة الوصية ، فانتقل منه ما كان له من ملكية التصرف فهي لا تسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه ... »

غير واضح ، فإن أصل سلطة الشخص على ماله من قبيل الحكم المجعول من الشارع بقوله : « الناس مسطرون على أموالهم » لا من الحق بمعنى الملك الضعيف ، ولذلك لا يسقط بالإسقاط فكيف ما ينتزع منها وينفرد عليها ؟ .. نعم ربما يكون بعض ما هو حق بالمعنى الأخص غير قابل للإسقاط عن هو عليه ، فيكون - من هذه الجهة - بمنزلة الحكم في عدم قبوله للإسقاط . وذلك كحق الخمس والزكاة المتعلق بمال الغير لأربابه ومستحقه - بناء على كونها من الحق - بالمعنى الأخص كما هو الأقوى -

وقبل بيان وجه عدم قابلية هذا النوع من الحق للإسقاط - مع أننا ذكرنا أن قوام الحق قبوله للإسقاط - : لابد من توضيح نحو هذا النوع من الحق وكيفية تعلقه بموضوعه ، فنقول :

لا إشكال - بل لا خلاف - في عدم كون الحق المذكور من قبيل

التكليف الصرف ومحض الوجوب على المالك نظير وجوب نفقة الأقارب وإنما هو من قبيل الوضع .

وعليه ، فهل الحق المذكور إنما يتعلق بذمة المالك والعين الزكوية ، مثلاً ليست محققة به ؟ ربما يحكى عن بعض الأصحاب ذلك ، وينسب إلى بعض العامة وهو خلاف ظاهر آية الزكاة ، وآية الخمس . بل خلاف صريح بعض الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، والفروع المتسالم عليها عندهم فإنها صريحة بتعلق الفريضة بنفس العين .

وعليه ، فهل الحق المذكور المحمول لأربابه من قبيل المالك في العين وأن الفقراء - مثلاً - يملكون قسماً من مال المالك بنحو الشركة الحقيقية والكسر المشاع - كما نسب إلى ظاهر المشهور - أو من قبيل الكلي في المعين كما يظهر من بعض آخر . وأعل ذلك لما يظهر - من بعض الأخبار من قوله - عليه السلام - « ... فيها سقت السماء العشر » (١) و « في كل عشرين مثقالاً من الذهب نصف مثقال » (٢) وقوله عليه السلام : « إن الله تعالى شرك بين الأغنياء والفقراء في الأموال » وقول علي عليه الصلاة والسلام - كما في نهج البلاغة فيما كان يكتبه لمن يستعمله على الصدقات : « فإن كان له ماشية أو أبل فلا تدخلها إلا بأذنه ، فإن أكثرها له » (٣)

(١) بهذه اللفاظ وبقریب منها يذكر الحديث عن النبي (ص) في عامة كتب الصحاح ، وكتب الأخبار في كتاب الزكاة باب زكاة الغلظة .

(٢) بهذا اللفظ وبهذا المضمون ذكره (الكافي في كتاب الزكاة ، باب زكاة الذهب والفضة) .

(٣) راجع : شرح ابن أبي الحديد (ج ١٥ ص ١٥١) طبع دار احیاء الكتب العربية .

حيث أن الظاهر منه : إن بعضها - وهو ماعد الأكثر - للمسحق ، جعله الله له ...

إلى غير ذلك من أخبار الزكاة وأدلة الخمس ، كآية الشريعة « واعلموا أن ماغنمتم من شيء فإن لله خمسة ... » (١)

وما عن الشيخ والكليبي - قدس سرهما - في الصحيح : « عن محمد ابن مسلم - رضي الله عنه - عن أبي جعفر عليه السلام قال سألت عن معادن الفضة والصفير والحديد والرصاص ؟ فقال - عليه السلام - عليها الخمس جميعاً » (٢).

وأظهر منها صحيح الحلي - رض - في حديث قال : « سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الكنز : كم فيه ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن المعادن : كم فيها ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن الرصاص والصفير والحديد وما كان من المعادن كم فيها ؟ قال : (ع) : يؤخذ منها كما يؤخذ من معادن الذهب والفضة ... » (٣).

إلى غير ذلك مما هو ظاهر في الشركة في المال بنحو الكسر المشاع هذا ، ولكن الالتزام بذلك والأخذ بهذا الظهور لا يجتمع مع بعض التصريحات والامارات في غير واحد من الأخبار ، وكلمات الأصحاب والفروع المسلمة عندهم على الظاهر ، بل لا يتناسب مع آية الزكاة من قوله تعالى : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين ... » الخ فإن ظاهرها ومفادها : أن

(١) سورة الانفال / ٤١

(٢) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج ٤ ، كتاب الزكاة ، باب الخمس والغنائم) حديث (٣٤٥) طبع النجف الاشرف .

(٣) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج ٤ ص ١٢١ باب الخمس والغنائم) طبع النجف الاشرف .

ما فرضه الله تعالى في أموال الأغنياء للفقراء هو صدقة يجب على الغني دفعها من ماله تقريباً إلى الله تعالى ، ولا يحصل للتصدق على شخص بما يملكه فعلاً : هذا مضافاً إلى أن الظاهر أن استحقاق الفقير في الأموال التي يستحب أداء زكاتها كمال التجارة والخيول والإثاث وما يكال أو يوزن من الحبوب عدا الغلظة الأربع وغير ذلك مما يستحب أدائه ، مساو لما فرض فيه الزكاة كالغلظة الأربعة والائتمام الثلاثة والتفسيدين - كما يشهد بذلك إسناده بعض الروايات الواردة في بيان ما ثبت فيه الزكاة على الواجب والمستحب (١) فإن الظاهر من سياقها إجماعاً نحو الاستحقاق غير أن بعضه فرض والآخر ندب وهو ماسوى الأعيان التسعة .

ومن المعلوم عدم إمكان الشركة الحقيقية والملكية الفعلية في المستحب أدائه ، على أن المال المشترك بين مالكيين بنحو الإشاعة ليس لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الشريك .

ولا إشكال بل الظاهر عدم الخلاف في جواز تصرف المالك فيما عدا مقدار الزكاة من النصاب مع العزم على الأداء من الباقي .

بل الذي يظهر من صحبة عبد الرحمن ، صحة بيع جميع النصاب ولزومه لو أدى البائع مقدار الزكاة من ماله الآخر - وأن ما يؤديه هو عين الزكاة لا بدلها : قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل لم يترك ليله أو شاته عامين ، فباعها على من اشتراها أن يتركها لما مضى ؟ قال (ع) : نعم يؤخذ زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدي زكاتها البائع » (٢)

(١) راجع ذلك في كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي أوائل كتاب الزكاة بأبواب متفرقة .

(٢) وسائل الشيعة : ج ٦ كتاب الزكاة ، باب لو باع النصاب قبل أداء الزكاة طبع جديد طهران .

ومن الواضح أن مؤدى هذه الصحيحة لا يجتمع مع الشركة الحقيقية بل ولا مع الملكية الفعلية ، ولو كانت بنحو الكلي في المعين فإن مقتضى ذلك كون البيع المذكور بالنسبة إلى مقدار الفريضة فضولياً يتوقف نفوذه على اجازة من له الولاية على الزكاة ، فيأخذ من الثمن للمستحق مقدار حصته ، ولا يجدي في نفوذه أداء البائع مقدار الزكاة من ماله الآخر كما هو مفاد الصحيحة المذكورة .

ثم إن ظاهرها من حيث سكوتهما عن تمام حصة المستحق في المدة المذكورة في السؤال : أنه ليس على المالك أداء الموجود منه ، ولا ضمان ما استوفاه أوقات وتلف تحت يده ، وأنه ليس عليه إلا أداء الزكاة فقط ، وهو خلاف مانقضىبه قاعدة تبعية النماء للملك .

وبالجملة : فالذي يستفاد من الآية الشريفة ، ومجموع الأخبار والفروع المنسالم عليها من الأصحاب : أن فريضة الزكاة متعلقة بالعين لا بالذمة ، وإن تعلقها لم يكن بنحو الملك الفعلي في العين - لا بنحو الشركة الحقيقية ولا بنحو الكلي في المعين - وإنما هو حق معين فرضه الله تعالى على المالك متعلق بماله المعين . وعلى ما استظهره الاستاذ النابني - قدس سره - في تعليقه على العروة الوثقى : كونه حقاً متعلقاً بمالية النصاب ، لا ملكاً في العين بشيء من الوجهين (١) وعليه فيلزم المالك أدائه من نفس العين أو من ماله الآخر ، فهو ملك للمستحق شأنه لأفعلاً .

وباصطلاح الفقهاء : حق ، لا ملك . وعلى ما عبر به البعض : ملك غير ناضج .

ثم إن الظاهر عدم كونه من قبيل حق الرهانة حيث أن مرجع كونه من قبيله : أن فريضة الزكاة في ذمة المالك ، والعين الزكوية وثيقة عليها

(١) أي الأنفي الذكر ، وهما : الشركة الحقيقية ، والكلي في المعين .

كما أن الرهن وثيقة على الدين الذي هو في ذمة الراهن ، ومن آثاره كون المالك ممنوعاً من التصرف في شيء من النصاب مادام لم يؤد الفريضة ، كما أن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن قبل فكه من الرهانة ، كما أن مقتضاه كون تلف النصاب بلا تفريط كلاً أو بعضاً إنما يكون من المالك ، ولا يرد شيء منه على المستحق ، كما أن تلف الرهن بلا تفريط إنما هو من الراهن ، ولا ينقص شيء بسببه من دين المرتهن .

وكل ذلك خلاف ما هو المتسالم عليه في باب الزكاة .

أما كون فريضة الزكاة متعلقة بذمة المالك فلم ينقل عن أحد معين من أصحابنا ، نعم عن ابن حنبل نسبة إلى بعض غير معين . بل المتسالم عليه بينهم أنها متعلقة بالعين . على اختلاف مشاربهم في نحو التعلق . : وأما منسح المالك من التصرف في النصاب قبل أداء الفريضة فإنه لا إشكال في جوازه فيما سوى مقدار الفريضة ، مع العزم على الأداء من الباقي : وأعله مما لا خلاف فيه .

نعم مقتضى القول بالشركة الحقيقية توقفه على إذن الحاكم الشرعي : وأما ورود التلف - كلاً أو بعضاً - على المالك فقط فهو مبني على تعلق الحق بالذمة لا بالعين . وأما بناء على تعلقه بالعين ، فظاهر النص والفتوى : أن ما يتلف من النصاب بلا تفريط من المالك يرد على المستحق منه بنسبة حصته من النصاب . نعم مع التفريط - ومنه تأخير دفعها وإبصارها إلى المستحق مع التمكن من ذلك - بضمن المالك حصة المستحق .

وبالجملة فالظاهر عدم كون حق الزكاة من قبيل حق الرهانة ، كما أنه ليس من قبيل حق الفقير بالمال المنذور التصديق به عليه ، إذ لا إشكال في أن المال المنذور التصديق به لا يجوز التصرف فيه بما ينافي الصدقة ، ويعين على التأخر التصديق به . ولا يجدي إبداله بمال آخر . ولا إشكال ولا

ج ١ - حق الزكاة ليس من قبيل حق الرهانة وحق غرماء الميت بتركته ٤٥

إشكال ولا خلاف - على الظاهر - في جواز دفع معادل فريضة الزكاة من مال آخر .

هذا ، وليس تعلقها بالعين من قبيل - تعلق حق غرماء الميت بتركته - فإن حق الغرماء غير المستوعب للتركة يتعلق بمجموع التركة بحيث لو تلف منها شيء وكان الباقي بمقدار دينهم على الميت ، كان لهم استيفاء الدين بكماله من الباقي ولا يرد عليهم النقص بسبب التلف - على الظاهر - وهذا بخلاف حق المستحق المتعلق بالنصاب ، فإن تعلقه بنحو البسط والسرمان في جميع النصاب بحيث لو تلف منه شيء بلا تفريط من المالك يسقط عن المالك جزء من الفريضة نسبتاً إليها كنسبة التالف إلى مجموع النصاب .

وبعبارة أخصر : إن التالف - هناك - يختص به الوارث ، وهذا يتوزع على المالك والمستحق بالنسبة . ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف منخ الحق في الموردين بحسب ما يستفاد من الأدلة ، فإن الغرماء لهم دين معين على الميت اشتغلت به ذمته حال الحياة وقد جعل الله تعالى لهم حق استيفاء دينهم بتمامه من تركته - مهما بلغت قليلة كانت أم كثيرة - بقيت أم تلف بعضها - مادامت التركة وافية بذلك الدين .

وما هو للوارث من تلك التركة - حسب المستفاد من الأدلة كتاباً وسنة - متأخر عن حق الغرماء ، وفي طوله . ومقتضى ذلك ورود التلف على ما يخص الوارث من المال المترك وسلامة حق الغرماء ، ولا فرق في ذلك بين القول بأن التركة باقية على حكم مال الميت مادام الدين باقياً - وبين القول بأنها تنتقل إلى الوارث محققة للغرماء :

وأما فريضة الزكاة ، فإنها متعلقة بنفس النصاب لا بذمة المالك - كما ذكرنا - ولا فرق بين ما يملكه المالك من النصاب وما يستحقه الفقير - مثلاً - منه سوى أن ملكية المالك تامة فعلية ، وملكية المسحق ناقصة

شأنية معبر عنها بالحق - اصطلاحاً - وعلى كل هما في عرض واحد والتلف
الوارد على العين كما يرد على ملك المالك كذلك هو وارد على متعلق حق
الفقير - مثلاً - فاختصاص ما يتلف من العين بالمالك بلا وجه . نعم لو كان
التلف بتفريط المالك - ومنه تأخير دفعها وإبصارها الى المستحق عند التمكن
من الدفع والاهمال في الأداء - فقد ذكرنا أن المالك ضامن لحصة المستحق
ففي صحيحة محمد بن مسلم - أوحسنه - : « قال : قلت لأبي
عبدالله عليه السلام : رجل بعث بركة ماله لتقسم ، فضاغت هل عليه
ضمانها حتى تقسم ؟ فقال عليه السلام : اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها
فهو لها ضامن حتى يدفعها وان لم يجد لها من يدفعها اليه فبعث بها إلى
أهلها فليس عليه ضمان لأنها خرجت من يده وكذلك الوصي الذي يوصى اليه
يكون ضامناً لما دفع اليه اذا وجد ربه الذي أمر بدفعه اليه ، وان لم يجد
فليس عليه ضمان » (١) .

وصحيحة زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعث
اليه أخ له زكاته ليقسمها فضاغت ، فقال : ليس على الرسول ولا على المؤدي
ضمان قلت : فانه لم يجد لها أهلاً فضاغت وتغيرت أوضاعها ؟ قال :
لا ولكن اذا عرف لها أهلاً فعطيت أو فسدت فهو لها ضامن حتى يخرجها » (٢)
هذا وليس نعلق حق الزكاة بالعين نظير تعلق ارش الجنابة بربقة
العبد الجناني خطأ ، وان كان يشبهه في الجملة من حيث ان مالك العبد
يخبر بين دفعه للمجني عليه أو وليه ليملكه أو يتملك ماقابل الجنابة فيما
لو كان أرشها أقل من قيمته ، وبين أن يفديه بأرش الجنابة أو بأقل
الأمرين من الارش وقيمته - على الخلاف ما بين الشيخ قدس سره والمشهور
(١) (٢) الكافي للكليني : كتاب الزكاة ، باب (الزكاة تبعث من بلد الى

وعلى كل بتخير المالك بين دفعه وبين فدائه ، كما ان المالك - في باب الزكاة - يتخير بين دفع الفريضة من العيين وبين القبيحة - كما ان العبد الخاني يجوز بيعه ، ولكن نفوذه يتوقف على فك رقبة بأداء فدائه ، وإلا كان للمعني عليه أو وليه تملكه ، فيبطل البيع ، وكذلك العين المتعلقة لحق الزكاة لا مانع من بيعها ، وبغذ البيع لو أدى المالك الزكاة من ماله الآخر ، وإلا كان لمن له الولاية على الزكاة أخسها من العين فيبطل البيع بالنسبة الى مقدار الزكاة .

ولكن فرق حق الجنابة عن الزكاة : أن حق الجنابة لبس امرأ مفروضاً على مالك العبد يلزمه أدائه لمستحقه ، وإنما هو كسائر الحقوق موكل لمن له الحق إن شاء أخذ به - وحكمه ما ذكرنا - وإن شاء عفا فيسقط بخلاف حق الزكاة فإنه فرض من الله تعالى على مالك التصاب ، يلزمه أدائه - من العين أو بدلاً - لمستحقه ، وليس لأحد إسقاطه والعفو عنه من غير فرق بين من له الحق ، وبين من له الولاية عليه كالحاكم الشرعي ولعل السر في ذلك : أن من له الحق لم يكن شخصاً معيناً جعل زمام الحق بيده كسائر الحقوق المجموعة لاشخاص معينين لهم الأخذ بالحق وإسقاطه ، وإنما جعل هذا الحق لطوائف وأصناف .

ويبان آخر : الحق المذكور يجعل لأكلي ، لا لفرد أو أفراد ، وإنما يملك الفرد ما وصل اليه من الحق ملكية فعلية تامة ، فمن جعل له الحق - وهو الصنف بنحو الكلي - لأمعنى لإسقاطه ، والفرد أو الأفراد لا أثر لإسقاطهم ، إذ لم يجعل الحق لهم .

ومن هنا : ليس لهم أخذ الحق من المالك جبراً ، أو استيفاء بنحو من أنحاء الاستيفاءات ، كما يجوز ذلك للمغضوب حقه من الغاصب إلا باذن من الحاكم الشرعي ، وتوكلت خاص له بأخذ الحق من المالك الممتنع .

Bahr al-'Ulūm, Muḥammad, 1845-1908.

بلغة الفقيه: مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية ... تسد
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه الاستدلالي ...
تصنيف محمد آل بحر العلوم. شرح وتعليق محمد تقي آل بحر
العلوم. الطبعة 3. النجف، مطبعة الاداب - 1968.

v. 25 cm. 9 (مكتبة العلمين العامة)

Bibliographical footnotes.

1. Islamic law. I. Bahr al-'Ulūm, Muḥammad Taqī, 1900 or
1901, ed. II. Title.

Title romanized Bulghat al-faḥh.

N E 68-4079

Library of Congress

(2)



OHIO STATE UNIVERSITY LIBRARIES
1858 Neil Avenue - Columbus 10, Ohio

XXXXX Dep	Ae	Av	Ser
LC No.			

DATE REC'D

June, 1970

DEALER

Princeton Univ

LOCATION

Main

FUND

HEA/69

COST

\$2.00

Bahr al-'Ulum, Muhammad.

Bulghat al-faqih. 3d ed. al-
Najaf, Matba'at al-Adab, 1968-

Vol. 1

PC ✓
OF
CSR
UC
PTLA
CBI
PW
LC NUC
NST/UL
RC
BNB
Bksl
BM
Biblio
LP
BF
BX
DNB
HV
K/DB
LV
Fich



وأما من له الولاية - على هذا الحق - وهو الحاكم الشرعي - فولايته مقصورة على أخذ الحق ممن هو عليه ، وإيصاله لأربابه وصرفه في مصادره ، ولا تنهدى ولايته إلى جهة إسقاط الحق الذي هو خلاف مصلحة الأصناف وحكمة جعل ذلك الحق لهم .

ومن هنا : ليس له ينحس حق المستحق بالمصالحة مع من عليه الحق على شيء يسير لا يعادل الحق المجهول للمستحق .

والحاصل : إن هذا الحق من هذه الجهة كالحكم الشرعي على موضوعه غير قابل للإسقاط ، كما أنه غير قابل للانتقال إلى الغير - لا بارت ولا بغيره - كما لا يخفى .

هذا وقد ظهر لك مما ذكرنا الوجه في عدم قابلية حق الزكاة للإسقاط والانتقال ، كما أنه ظهر أن فريضة الزكاة من سنخ الحقوق ، وليست ملكاً في العين لا بنحو الاشاعة ولا بنحو الكلي في المعين .

وظهر أيضاً أنه ليس من قبيل ما ذكرناه من الحقوق وإن كان ربما يشبه بعضها من بعض الجهات ، بل هو حق مستقل متعلق بماليسة العين لا بخصوصيتها ، فهو من هذه الجهة يشبه ارث الزوجة مما سوى الارض كالأبنية والتخيل والاشجار فإنه حق متعلق بماليتها غير أنه من قبيل الملك الفعلي للزوجة ، وليس من سنخ الحقوق اصطلاحاً مما هو ملك شأناً ، إذ لا شبهة في اتحاد كيفية ارث الزوجة من الاموال المنقولة وغير المنقولة سوى أن ارثها من الأول يتعلق بالعين ، ومن الثاني يتعلق بماليتها وقيمتها ولا اشكال في أن ارثها من المنقول بنحو الملك الفعلي ، فليكن ارثها من غير المنقول كذلك ومقتضاه جواز المصالحة على حقها مسع الوارث او الاجنبي فينتقل ما تستحق من القيمة اليه .

ولا أظن أن فقيهاً يلتزم بجواز المصالحة على الزكاة قبل أخذها ممن

هي عليه : لما ذكرنا من أن الحق المذكور غير صالح للنقل مطلقاً - لا الى من هو عليه ولا الى غيره - :

وفرقت آخر بين ارث الزوجة من غير المنقول وبين حق الزكاة ، وهو أنه لا إشكال ولا خلاف في أن الخيار في الزكاة للمالك بين دفعها من العين المتعلقة للحق وبين دفعها من مال آخر للمالك وليس للمستحق ولا للحاكم الشرعي المشاحة مع المالك بخلاف ارث الزوجة من غير المنقول فإن الوارث لو اختار دفع حقها من نفس العين دون القيمة ، ففي إيجاب الزوجة على القبول إشكال وخلاف :

ولعل منشأ الفرق بين الحقين - مع أن كلا منها متعلق بالمالية - : هو أن ظاهر أدلة باب الزكاة أنها في العين ، ولكن ثبت أيضاً - نصاً وإجماعاً - جواز دفع المالك القيمة إرفاقاً به ، بخلاف ارث الزوجة ، فإن ظاهر الأدلة تعلقه بنفس القيمة ، وإن ظهر من بعضها : أن علة حرمانها من العين إرفاقاً بالوارث لكن لا يبعد كون ذلك من قبيل حكمة الجعل والحرمان من العين :

وبالجملة ، لادليل على جواز إجبارها على أخذ العين بدلا عما تستحقه من القيمة ولم يثبت ذلك بنص أو إجماع ، كما ثبت في باب الزكاة جواز دفع القيمة بدلا عن العين ، فاجبارها على اخذ استحقاقها من العين في غاية الإشكال ، فلا يترك الاحتياط بالمصالحاة معها على ذلك :

ثم إن الكلام في الخمس هو الكلام في الزكاة والخيار فيه هو الخيار فيها ، إذ الظاهر أنه حق فرضه الله تعالى لأربابه - وهم بنو هاشم - في أموال خاصة عوضاً عما فرضه لغيرهم من الصدقات التي حرمها عليهم من غيرهم تكرماً لهم وإعلاء لشأنهم :

وبالجملة ، فالظاهر لإتحاد نحو الحقين ، والله تعالى هو العالم :

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من أن الحق نحو من الملك ومرتبة من مراتبة : كونه بحسب طبعه قابلاً للانتقال بالارث ، ويشمله النبوي المشهور : « ما ترك الميت من حق فهو لوارثه » (١) وغيره ، ما لم يستفد من دليله - أو من الخارج - أنه متقوم بخصوص ذي الحق ، وليس له قابلية الانتقال بالارث فنقل حق القسم الذي هو للزوجة على الزوج - وإن كان قابلاً للنقل إلى ضررتها (٢) بالصلح عليه مجازاً فقط - كما عن جماعة من اصحابنا - قدس سرهم - أو حتى إذا كان بالمعاوضة عليه - كما هو مقتضى القاعدة ما لم يتم إجماع على خصوص المجالية - ولكنه غير قابل للانتقال بالارث ، حتى إلى الضررة ، كما لو تزوج شخص بامرأة ، ثم تزوج بعمتها أو خالتها ، ثم ماتت إحداهما وكان الوارث لها ضررتها ، فإنها لا ترث حق للقسم منها ولعل الفرق بين النقل والانتقال بالارث : أن الحق المذكور إنما هو للزوجة مادام الحياة بمعنى أن قوامه الحياة فلها نقله وتفويضه إلى مثلها ، وبموت الزوجة بنعدم موضوع الحق وينتهي أمده ، فلا متروك حتى يورث وبالجملة ، فظاهرهم التسالم على عدم انتقال الحق المذكور إلى الوارث مطلقاً :

ومن الحقوق - غير القابلة للنقل بل ولا الانتقال على الظاهر : - ما كان من قبيل حق الغيبة والشتم والضرب والإيذاء - بناء على كونها من الحقوق وعدم كفاية التوبة فيها بل لا بد من إرضاء ذي الحق وإبرائه

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الأنصاري ، باب الخيارات ، الكلام في أحكام الخيار :

(٢) الضررة - بالفتح والتضعيف - : تطلق على كل من زوجتي الرجل أو زوجاته ، فهما ضررتان ، وهن ضرائر :

والأظهر : أنها ليست من الحقوق بالمعنى الذي ذكرناه من الحق وان قلنا بعدم كفاية التوبة فيها ، فإنها لم تكن من مقولة الملك ومن مراتبه ووجوب استئصال الانسان ممن استغابه أو آذاه بالضرب أو الشتم - على فرضه - إنما هو من حيث ظلمه له بهنك عرضه أو إبدائه ، لا لثبوت حق له عليه بمعنى الملك .

ثم إنه لا ملازمة بين قبول الحق للنقل وبين قبوله للانتقال بالارث ، فقد يكون الحق قابلاً للنقل ولا يقبل الانتقال ، كما ذكرنا من حق القسم وقد يقبل الانتقال بالارث ولا يقبل النقل كحق الرهانة وحق الشفعة وحق الخيار - على الأظهر - من عدم قبوله للنقل ، وقد لا يقبلها بل ولا الإسقاط كما ذكرنا من حق الخمس والزكاة ، وقد يقبلها جميعاً كحق التحجير على موات من الارض - مثلاً -

ثم إن ما يقبل النقل قد يكون قابلاً للنقل الى كل أحد كحق التحجير فإنه قابل للنقل الى كل أحد بالمصالحة عليه مع العوض وبدونه ، بخلاف حق القسم للزوجة ، فإنه إنما يقبل النقل الى الضرة - فقط - :
فإن قلت : اذا كان حق الرهانة وحق الشفعة وحق الخيار قابلاً للانتقال الى الوارث ، ولم يكن متقوماً بذى الحق ، فلم لا يكون قابلاً للنقل الى الغير بالمصالحة عليه ؟

قلت : وجه الفرق بين انتقال الحقوق المذكورة بالارث وبين نقلها بالمصالحة متوقف على بيان حقيقتها فنقول :

إن حق الرهانة مرجعه الى سلطنة للمرتهن حاصلة له بعقدتها على استيفاء دينه الذي هو على الراهن من العين المرهونة ببيعها وأخذ مقدار دينه من ثمنها عند حلول الدين بالشروط المذكورة في باب الرهن ، وهذه السلطنة لا يعقل نقلها الى الراهن - كما لا يخفى - وأما نقلها الى ثالث له دين

أيضاً على الراهن ، وان كان غير ممنوع عقلاً ولكنه يتوقف على أن يكون العقد الواقع بين الراهن والمرتهن مقتضاه كون الرهن وثيقة على ما يعم دينه ودين غيره على البذل ، ليصح للمرتهن تحويل ماله من الحق في العين المرهونة الى غيره ممن له دين على الراهن ، ومن الواضح أن عقد الرهانة الواقع بين الراهن والمرتهن إنما يقتضي كون الرهن وثيقة على خصوص دينه الذي هو على الراهن ، لا الأعم من دينه ودين غيره ، فالسلطنة الحاصلة للمرتهن محدودة غير صالحة للتعدية والتحويل الى الغير .

وبالجملة فكما لا يمكن نقل الحق المذكور وتحويله الى من هو عليه كذلك لا يمكن تحويله ونقله الى ثالث وان كان ذا دين ايضاً على الراهن بل الحق خاص بالمرتهن إن شاء أخذ به ، وان شاء أسقطه .

نعم لو نقل المرتهن الدين الذي له على الراهن الى ثالث بالبيع ونحوه فالظاهر أن الرهن يتبعه في الانتقال الى المنقول اليه ، فيكون ذا الحق في العين المرهونة فان العقد الواقع بين الراهن والمرتهن مفاده ومقتضاه كون الرهن وثيقة على شخص الدين الذي كان للمرتهن على الراهن ، وبانتقال الدين الى مشتريه - مثلاً - لم يكن المنقول الانفس ما كان الرهن وثيقة عليه : لاغيره : غاية الأمر اختلف مالك الدين ، وهو غير ضائر .

وبالجملة ليس هذا كنقل الحق الى ثالث له دين آخر على الراهن الذي متعنا منه - كما لا يخفى - .

وأما حق الشفعة الذي هو عبارة عن ملكية الشريك وسلطنته على المشتري لخصه شريكه المبيعة حال شركته لتملك تلك الحصه وأخذها منه قهراً بالثمن الذي اشتراها به من شريكه ، فهذا المعنى غير قابل للنقل الى من عليه الحق ، وهو المشتري ، إذ هو مالك تلك الحصه بالاشتراء ، فلا معنى لنقل حق التملك منه اليه . وكذا لا يقبل النقل الى ثالث ، اذ لو كان

النقل اليه بمعنى تسليطه على اخذ الحصّة من المشتري الى ذى الحق ، وهو الشريك نفسه ، فهذا ليس من نقل الحق اليه ، وإنما هو توكيل واستنابة في الأخذ لحق الشفعة لذي الحق وهو الشريك :

وان كان المراد تسليط الغير على اخذ الحصّة من المشتري وتملكها لنفسه ، فهذا التسليط لم يجعل للشريك ، فان الحق المجهول له من الشارع إرفاقاً به هو الساطنة على تملك الحصّة المبيعة في شركته من مشتريها بالثمن الذي اشتراها به و اضافتها الى حصته ، ومن هنا سمي الحق المذكور بحق الشفعة ، اذ الشفع بآخذه به وإعماله يشفع حصته ويجعلها شفعاً وزوجاً بنصيب شريكه الذي ابتاعه المشتري منه :

وبالجملة ، فليس الذي هو للشريك من الحق مجرد تملك الحصّة من مشتريها قهراً عليه ليتمكن نقل ذلك الى الغير ، بل الذي له من الحق تملكها بما أنها شفعة ، وأنه شفع وجاعلها منضمة الى حصته وشفعاً بها ، والحق بهذا المعنى لا يمكن نقله الى الغير : نعم اذا اخذ بشفعته وتملكها وصارت له فليقلها الى من شاء ، فان الناس مسلطون على أموالهم ، وأما قبل التملك فليس له نقل الحق المذكور وتحويله الى غيره :

هذا ، وأما نقل حق الخيار الى غير من جعل الحق له ، وتحويله اليه ، ففي إمكان ذلك وعدمه خلاف ، فصریح شيخنا الانصاري - قدس سره - في اول كتاب البيع من (مكاسبه) عدم قابليته للنقل ^(١) وصریح سيدنا - قدس سره - فيما سبق من كلامه : قابليته للنقل حيث يقول : « فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ... »

(١) قال : « ... » وأما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة

والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار : « ... »

وقبل بيان ماهو المختار من الرأيين وتحقيق ذلك نقول :

المتبايعان - تارة - بنشأن البيع بينهما بالتعاطي فيعطي كل منهما ماله للآخر قاصداً تملكه إياه بعوض ما يأخذه منه . - وأخرى - بنشأن البيع بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول كبعت واشتريت . أما في صورة انشاء البيع بالتعاطي فإن فعلها الخارجي ، وإن كان على ماهو المختار ، مصداقاً للبيع حيث أن مفهومه تملك عين بعوض أو تبديل طرف إضافة الملكية بطرف إضافة مثلها لآخر كما هو المختار أو مبادلة مال بمال مع كون الم عوض عيناً ، كيف ما كان ، فالمفاهيم المذكورة تنطبق على فعلها الخارجي وتشمله آية « أحل الله البيع . . . » (١) وآية « التجارة عن تراض » (٢) ويصح بذلك ويحصل الملك لكل منهما فيما أخذه من صاحبه ، ولكنه ملك جائز ليس فيه اقتضاء للزوم ، فإن غاية ما يستفاد من تعاطيها بقصد الملك ملكية كل منهما مأخذه من الآخر . وأما التعهد والالتزام من كل منهما بالثبات والبقاء على ما ملكه للآخر ، فلا دلالة لفعلها عليه ، والآيتان إمضاء وتصحيح لما يستفاد من فعلها ، وهو أصل الملكية ليس إلا كما أن السيرة التي استدل بها على حصول الملك بالمعاطاة غاية ما يستفاد منها معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وترتيب آثاره عليه ، وأما لزوم الملك وعدم جواز الرجوع فيه ، فلا دلالة لها عليه ، ولعل منشأ تسالم الأصحاب ممن قال بإفادتها الملك أو الإباحة على عدم اللزوم : هو القصور في المقتضي لا أوجود دليل على عدمه - من إجماع ونحوه .

هذا إذا كان انشاء البيع بالفعل . وأما في صورة إنشائه بين المتبايعين

(١) البقرة : ٢٧٥ :

(٢) النساء : ٢٩ .

ج ١ عدم قابلية حق الخيار للنقل، وبيان الخلاف بين المصنف والناصري ٥٥

بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول ، فهياة الماضي - مثلاً - الواردة على مادة البيع والشراء ، وإن دلت على تملك العين بالعوض وتملكها به ، كالتعاطي بقصد الملك إلا أن إنشاء التملك والتملك بالقول كما يدل على ما دل عليه الانشاء بالفعل بالمطابقة وهو تملك العين وتملكها بالعوض ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على التعهد والالتزام من كل من المتعاقدين بهذا المدلول المطابق ، والاثبات عليه ما لم يكن في البين خيار مجعول له ، ومن هنا أطلق العقد على الانشاء بالقول فإنه : العهد الموثق المحكم ، لما فيه من الأحكام . ويشهد لذلك : أن المعاملات الخطيرة ذات الشأن إنما تنشأ - نوعاً - بالعقود دون المعاطاة من جهة فقدان المعاطاة لما كان العقد واجداً له من الالتزام والإحكام . وآية « أوفوا بالعقود » : (١) إنما تعضي وتلزم بالوفاء بالعقود باعتبار وجود المدلول الالتزامي فيها ، وهو التزام كل من المتعاقدين لصاحبه بالثبات والبقاء على ما يقتضيه العقد من التملك والتملك بالعوض :

ودليل الخيار المجعول بأسبابه وموارده - ومنها اشترط ذلك في ضمن العقد - يكون مخصصاً لعموم « أوفوا بالعقود » :

وحقيقة الخيار نظرة ومهلة لمن هو له فيما ألزمه لطرفه بإنشاء العقد من الثبات عليه والالتزام بمقتضاه ، وسلطنة له على نقضه وحله أو إقراره وإبرامه ، وهو - بهذا المعنى - حق بالمعنى الأخص لمن له . وهل هو متعلق بالعقد من حيث أنه يملك فسخه وإقراره ، أو أن متعلقه العين الخارجة من ملكه إلى طرفه من حيث أن ذا الخيار يملك إعادتها إلى نفسه بفسخ العقد ؟ وجهان : - بل قولان - وعابهما يبتني جواز تصرف من

عليه الخيار في العين المنقولة اليه ممن له الخيار تصرفاً منافياً لحق ذي الخيار وعدم جوازه ، كما هو مذكور في فصل أحكام الخيار .

فإن قلنا : إن متعلق حق الخيار لمن جعل له ، هو العين الخارجة عن ملكه الى ملك طرفه وأنه يملك إرجاعها اليه بفسخ العقد ، فلا يجوز لطرفه التصرف المنافي لحقه فيها انتقل منه اليه ، اذ هو تصرف في متعلق حقه مناف له فإنه لو اختار فسخ العقد لا يقدر على إرجاع العين اليه فيها لو كان تصرف من عليه الخيار فيها بالبيع - مثلاً - أو العتق أو الائتلاف نعم لو قلنا بأن متعلق حق ذي الخيار نفس العقد من حيث قدرته على فسخه وإقراره ، فإن التصرف بالبيع والعتق ونحوه ممن عليه الخيار لا ينافي حق ذي الخيار من حيث الاقتدار على فسخ العقد لو كان هو المختار : غاية الأمر ان المتصرف يضمن له عند فسخه مثل ما تصرف فيه أو قيمته :

وهل الخلاف بين سيدنا الخال المصنف ، والشيخ الانصاري - قدس سرهما - في جواز نقل الخيار وتحويله الى غير من هوله وعدم جوازه مهني على الخلاف في متعلقه ؟ الظاهر عدم الابتناء عليه ، فإن الشيخ - قدس سره - في فصل أحكام الخيار - يختار - أو يقرب - تعلقه بالعقد ، حيث أنه بعد أن يذكر حجة القول بمنع التصرف وإن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعها بحل العقد الى ملكها السابق ، فالحق - بالأخرة - متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطال ذلك الحق بائناً لها أو نقلها الى شخص آخر - يقول : « هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع ، لكنه لا يخلو عن نظر ، فإن الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاوض في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدها

فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً ، فالمرجع فيه سلطنة الناس على أموالهم - الى أن يقول - : فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية .

وهنا يجزم بعدم قابليته للنقل ، حيث يقول - في أول كتاب البيع - : « وأما الحقوق فإن لم تقبل المماوضة بالمال كحق الحضانة والولاية ، فلا إشكال وكذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار » .

وعلى كل ، فالظاهر عدم قابلية نقل حق الخيار وتحويله الى غير من جعل له - مطلقاً - سواء قلنا إنه متعلق بالعين المنقولة منه الى صاحبه أم إنه متعلق بالعقد .

أما على القول بتعلقه بالعين ، بمعنى أن ذا الخيار فيها اذا كان هو البائع - مثلاً - يملك إرجاع المبيع الى ملكه قهراً على المشتري بفسخ العقد فعدم صلاحية نقل الحق المذكور بهذا المعنى الى المشتري من الواضح بمكان ، فانه اذا صار ذا خيار - فرضاً - بنقل البائع خياره اليه ، فرجع ذلك الى أنه يملك إعادة الثمن اليه قهراً على البائع بفسخ العقد ، وهذا غير ماكان للبائع من الحق ، وإنما هو حق جديد له اذ العلاقة والاضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كانت بين البائع وبين ما نقله بالمبيع الى المشتري ، وهو المبيع والحادثة اضافة ناقصة بين المشتري وبين الثمن ، وهي غير الاضافة التي كانت للبائع : ومن الواضح ان ذا الحق إنما يتسلط على نقل حقه الى الغير فبما اذا كان قابلاً للنقل والتحويل ، وليس له جعل حق للغير لم يكن هو المفعول له إذ جعل الحقوق لأربابها من وضائف الشارع المقدس :

هذا اذا قلنا : إن متعلق حق البائع هو العين المبيعة : وأما اذا قلنا إن متعلق الحق هو العقد الواقع بينهما ، فعدم جواز نقله وتحويله الى الغير

وان لم يكن بذلك الوضوح ، فانه يمكن أن يقال : إن العقد الواقع بين البائع والمشتري كان متعلق حق البائع فيها او كان الخيار له ، فزمامه بيده فله حله ونقضه ، وله إقراره ، وإحكامه . وهذا الحق الذي كان للبائع بالمعنى المذكور ، أعني السلطنة على فسخ العقد وإقراره يمكن نقله وتحويله الى المشتري بالمصالحة عليه بعوض أو بدونه ، وعمومات الصلح تشملنه ، فيكون المشتري ذا الخيار بعد الصلح ، وتسليم زمام الحق اليه :

هذا ولكن لقاتل أن يقول : إنا ذكرنا فيما سبق أن إنشاء البيع الذي حقيقته تبديل طرف إضافة مالك المثلث بطرف إضافة مالك المثلث اذا كان بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول فانه كما يدل بالمطابقة على تبديل كل من المتعاقدين المثلث بالمثلث في عالم الاعتبار والانشاء ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية على التزام كل منهما لصاحبه بالثبات والبقاء على هذا التبديل وبمقتضى إمضاء الشارع وحكمه يلزم ما التزمه كل منهما لطرفه بانشاءه بقوله تبارك وتعالى « أوفوا بالعقود » يملك كل منهما على صاحبه - مضافاً الى المال الذي ملكه إياه - ثباته والتزامه بعدم التعدي عن حدود التبديل المنشأ بالعقد . ومن هنا سمي اللزوم المذكور « لزوماً حقيقياً » فان كلا منهما له على طرفه حق الالتزام بما تعهده له من الثبات والبقاء على ما انشاء من التبديل :

هذا اذا لم يكن لأحد المتعاقدين خيار معمول من الشارع المقدس أو من المتعاقدين بالشرط في ضمن العقد .

وأما لو كان لأحدهما خيار معمول من الشارع أو من المتعاقدين فمن له الخيار منها كما يملك ما التزم به صاحبه له ، كذلك يملك ما التزمه هو لصاحبه ، فمن حيث ملكيته لما التزمه صاحبه له يكون العقد بالنسبة الى صاحبه لازماً لا يفسخ بفسخه ، ومن حيث ملكيته لما التزمه لصاحبه يكون

العقد بالنسبة اليه جائزاً :

وبالجملة ، فغاية ما يمكن أن يستفاد من جعل الخيار أن يكون للمجهول له من الحق مهلة النظر في مدة الخيار في التزامه الذي التزمه لصاحبه بأن يحكمه ويبرمه أو ينقضه ويحله ، وأما نقل هذا الحق وتحويله الى صاحبه الذي هو ملزم بالتزامه والعقد لازم بالنسبة اليه ليكون هو صاحب الحق عليه ، بعد أن كان الحق له عليه ، فاستفادة السلطنة على هذا التحويل من جعل الخيار لشخص من الشارع أو من المتعاقدين بالشرط مشكل غايته هذا ، وأما نقل الخيار الى ثالث ، فتارة يحمله من له الخيار كوكيل عنه في إنشاء الفسخ والاقرار مع رعاية مصلحة ذي الخيار فيما يختاره من الفسخ أو الاقرار ، فالظاهر عدم الاشكال في ذلك ، فإنه ليس من نقل حق الخيار وتحويله الى الغير ، بل هو كنوكيل منه على اعمال خياره واعتماد منه على حسن اختياره :

وأما نقله الى الغير على نحو ما ذكرنا من التحويل الى طرفه بمعنى تسليم زمام الحق اليه بأن يكون هو ذا الخيار بعد التسليم ومن كان له الخيار مسلوب الاختيار في أمر العقد ، فهو ما ذكرنا أنه مشكل غاية الاشكال ، بل الظاهر عدم قابلية حقه المجهول له لنقله الى الغير بالمعنى المذكور : فان قلت : أليس للبائع - مثلاً - حين إنشاء البيع جعل الخيار للغير بالشرط في ضمن العقد بنحو يكون المجهول له هو صاحب الحق ، والجاعل لاخبار له ، ولا اختيار في أمر عقده ، بل تكون سلطنة الفسخ والاقرار لذلك الغير ، فإذا صح له جعل السلطنة المعبر عنها بالحق عند العقد للغير فلم لا يصبح نقلها الى الغير بعد أن جعلت له عند العقد :

قلت : الفرق بين جعل التعاقد الخيار للاجنبي عند العقد ، وبين نقله الخيار للمجهول له اليه بعد العقد واضح ، فإنه عند العقد له السلطنة

النامة على ماله ، ومقتضى عموم سلطنته عليه جواز نقله الى الغير بالبيع
اللازم أو البيع غير اللازم أي المجهول فيه الخيار له أو لغيره بالشروط في
ضمن العقد ، فجواز جعل الخيار للغير حال العقد من مقتضيات سلطنته
على ماله : أما لنقل حق الخيار المجهول له حال العقد وتحويله الى الغير بعد
العقد ، فليس من مقتضيات سلطنته على ماله ، فانه حال نقل الخيار لم
يكن المال له ، بل للمشتري ، والخيار المجهول له حال العقد من الشارع
أو بسبب الشرط في ضمن العقد مقتضاه سلطنته على اقرار العقد أو حله
ونقضه ، لا الأعم من ذلك ومن توليته الغير على البدل .

وبالجملة ، لم يتضح قابلية نقل حق الخيار الى الغير كما اختاره سيدنا
المصنف - قدس سره -

ومع الشك ، فالأصل عدم الانتقال بنقله .

هذا ما كان من أمر نقل الحقوق الثلاثة الى الغير ، وأما قابلية انتقالها
الى الوارث ، فيمكن أن يقال في وجهه بأن الوارث يقوم مقام المورث
فيما كان له من ملكية وواجبة اعتبارية ، فيكون له ما كان لمورثه من
ملك وحق بانتقال ذلك منه اليه ، ففيما نحن فيه من حق الشفعة ، كما
تنقل اليه بالارث ملكية الشقص الذي كان مملوكاً لمورثه عند الموت ،
فكذا ينتقل اليه بالارث حق الشفعة الذي كان لمورثه في الشقص المبيع في
شركته .

وعليه ، فله الأخذ بحق الشفعة الذي كان لمورثه وورثه منه الذي
مرجعه السلطنة على تملك حصه شريكه المبيعة في شركته من مشربها
بالثمن الذي اشتراها به ، قهراً عليه - فيقوم الوارث مقام المورث ويكون
له ما كان لمورثه من حق تملك الشقص من مشربه بذلك الثمن .
وكذا حق الرهانة الذي مرجعه سلطنة المرتهن على استيفاء دينه الذي

له على الراهن من الرهن بدينه واستيفاء مقدار الدين من ثمنه ، فيرث الوارث ذلك الحق من مورثه ، ويستوفي الدين الذي ورثه منه من الرهن على النحو الذي كان لمورثه .

وهكذا حق الخيار الذي مرجعه سلطنة ذى الحق على إقرار العقد وحله ، فالوارث للبائع - مثلاً - يرث حقه ، فيسقط على ما كان مورثه مسلطاً عليه من إقرار العقد وحله ، فإن أقره ورث مملكته مورثه من ثمن المبيع ، وإن حله بفسخه رجع المبيع الى ملك مورثه ملكية آلية استباقية الى ملك وارثه ، نظير ملكية الميت لديه نفسه ، فإنها عوض نفسه التي أزهقت بالقتل ، فيملكها ثم يرثها الوارث منه .

وبالجملة ، فلا ملازمة بين قبول الحق للانتقال بالارث وبين قبوله للنقل بالمصالحة عليه فقد يكون الحق قابلاً لأحدهما دون الآخر .

هذا ، ولو شك في شيء مجعول من الشارع أنه من سنخ الأحكام أو من سنخ الحقوق ، فإن دل الدليل على قابليته للانتقال أو الإسقاط يستكشف من ذلك أنه حق ، اذ الحكم غير قابل لكل منهما ، وإلا فالأصل يقتضي عدم سقوطه بالإسقاط وعدم انتقاله بالارث ، ولا بالنقل ، كما أنه لو علم كونه حقاً وشك في قابليته للنقل أو الانتقال كان الأصل عدمها . بقي شيء ينبغي التنبيه عليه : وهو أنه لو أحرز كون المجعول حقاً

قابلاً للنقل والإسقاط كحق التحجير مثلاً - فهل يصح جعله ثمناً في البيع ربما يقال بصحة ذلك بدعوى أن حقيقة البيع تملك عين بعوض في قبالة الهبة التي هي تملك مجاني ، ويكفي في العوضية جعل البائع على المشتري شيئاً يحصل منه نفع يعود اليه في قبالة العين الخارجة من ملكه الى المشتري فلو جعل عليه إسقاط حق تحجيرها - مثلاً - على الأرض المباعة عوض مملكته من العين ليسبق اليها البائع فيحجيرها له ، كان مصداق تملك العين

بالعوض ، وأولى بذلك ما لو جعل العرض نفس الحق لينتقل منه اليه في قبيل ما انتقل منه اليه من العين .

هذا ، ولكننا نقول : إن حقيقة البيع ليس مطلقاً بتمليك العين بعوض من المشتري ، ولو كان من قبيل إسقاط حق يلتزم به البائع ، بل ولا تبديل إضافة بإضافة أخرى ولو لم تكن من سنخ إضافة البائع ، بل حقيقة - لغة - والمتبادر منه عرفاً - : إنشاء تبديل عين هي طرف لإضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر في ظرف قبوله ذلك ،

توضيح ذلك : إن الملكية التي هي جنة اعتبارية وعلاقة وإضافة بين المالك والمملوك لها طرفان : طرف يرتبط ويتعلق بالمالك ، وآخر بالمملوك فحقيقة الارث انحلال الإضافة والعلاقة من طرفها المتعلق بالمالك وارتباطها بالوارث مسح بقاء التعلق من طرفها الآخر المتعلق بالمملوك على ما كان عليه ، فإن الوارث يقوم مقام المورث وبأخذ بزمام ما كان المورث أخذاً به .

وأما البيع ، فحقيقته : حل طرف علاقة المالك للمشتري وإضافته من جانب مملوكه وربطها بطرف إضافة المشتري ، وحل إضافة المشتري من ذلك الجانب أيضاً ، وربطها بمكان علاقة المالك للمشتري المحلولة .

وأما الإضافتان - من حيث انصاف كل منهما بكونها مالكية - فلم يطرأ عليهما تغيير وتبدل ، وإنما التغير والتبدل في المملوكية ، فالبايع إذا كان أصيلاً قبل البيع ، كان مملوكه المضمن ، وبعد البيع يملك الثمن ، والمشتري بالعكس . وفيما إذا كان وكيلاً أو ولياً ، فهو كله - أو المولى عليه - يكون كذلك .

ومن هنا نقول - على ما هو التحقيق - : لا بد في إنشاء البيع أن يكون البائع - أصيلاً كان أم وكيلاً أم ولياً أم فضولياً - قاصداً دخول

المثمن في ملك مالك الثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك الثمن الى ملك مالك المثمن ، وكذا المشتري بالنسبة الى الثمن ، فيقصد دخوله في ملك مالك المثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك المثمن الى ملك الثمن ، فيبيع الغاصب العين لنفسه اذا لم يسبق منه بناء وإدعاء لملكية الدين المقصودة ، وأنها كسائر املاكه - باطل غير صالح للتصحيح باجازه المالك اصلاً - لاله ولا للغاصب ، كما لبهنا عليه في بيع الفضولي ،

اذا عرفت ذلك ، تبين لك عدم صحة جعل الحق بالمعنى الأخص ثمناً في باب البيع ، لا بمعنى جعل الثمن إسقاطه ، اذ هو غير قابل للانتقال الى الغير ، لأنه فعل ذى الحق ، وهو المشتري ، ولا بمعنى جعل أصل الحق ثمناً ، فإنه ، وان كان قابلاً للنقل الى الغير حسب الفرض ، ولكنه يتوقف ذلك على أن يكون حقيقة البيع تبديل إضافة بإضافة أخرى ، وقد ذكرنا أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر فان المتبادر - عرفاً - من لفظ البيع والمركز في اذهانهم أنه تبديل الأموال بعضها ببعض في عالم الانشاء والاعتبار :

ويشهد لذلك تعريف (صاحب المصباح) البيع بأنه : مبادلة مال

بمال (١).

وبالجملة ، فجعل ثمن المبيع من صنع الحقوق مشكل غاية الاشكال فإنه من قبيل تبديل المملوك بالملك ، اذ الحق ملك ناقص ، لا من قبيل تبديل المملوك بالمملوك الذي هو معنى البيع - كما ذكرنا - :

نعم : يمكن نقل الحق المذكور الى الغير بالمصالحة معه بعوض -

(١) ونص عبارته - كما في مادة بيع - : « والأصل في البيع : مبادلة مال

عينا كان أم منفعة أم حقا مثله قابلا للنقل وذلك أمر آخر ، فانه من
 الصلح لامن البيع ، ولا كلام لنا فيه . كما أن جعل الأجرة في باب الاجارة
 حقا مشكلا كذلك ، فانها كالبيع معاوضة بين مالين غير أن المعوض فيها
 المنافع أو الاعمال ، وفي البيع : الاعيان : والله تعالى هو العالم .
 هذا آخر ماعلقناه على (رسالة الفرق بين الحق والحكم) لسيدنا
 الخال المصنف - قدس سره - والحمد لله رب العالمين :

رِسَالَةٌ

فِي قَاعِدَةِ مَا يَضْمَنُ بَصِيحَتِهِ
يَضْمَنُ بَعْلَهُ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : اشتهر بين الفقهاء - سيما التأخرين منهم - : أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، حتى أمسوها قاعدة كلية وأرسلوها لإرسال المسلمات ، بل صرح بعضهم بكليتها ، طرداً وعكساً ، وهي :
 ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (١).

(١) أقول : هذه قاعدة ذكرها الفقهاء - قدس الله أرواحهم - في مقام بيان الضابط لتمييز ما يضمن فيه مورد العقد الفاسد ومصبه مما لا يضمن فيه مورد . وليست هي لبيان سائر موارد الضمان . بل هي خاصة بموارد العقود الفاسدة ، وما كان منها أقرب الى كونه إيقاعاً من كونه عقداً ، كالخلع والجهالة ، ومفادها : أن كل ما صدر من العقود وما يلحق بها على جهة المعاوضة فالفساد منه كالصحيح مقتضى الضمان ، وما صدر منها لأعلى جهة المعاوضة ، بل على وجه الحبان ، ففساده كصحيحه لا يقتضي الضمان . مثلاً : لو بذلت الزوجة مالا للزوج ليخلعها ويخلصها عن ربة الزوجية ، فخلعها على ما بذلت ، وكان الخلع فاسداً لعدم اجتماع شروط صحته ، يضمن لها ما بذلته له لكونها لم تبدله مجاناً ، بل عوضاً عن خلاص نفسها عن تلك الربة وكذا الكلام في الجعالة في صورة فسادها ، حيث أن العامل لم يبذل عمله تبرعاً ، وإنما بذله بأزاء الجعل ، فيضمن الجاعل له ما استوفاه من عمله بأجرة مثله .

ثم إن من عبر عن القاعدة بقوله : « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده » ومن عبر عنها بقوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده » فالمفاد والمقصود فيها واحد : ولعل المعبر بالعبارة الثانية قصد تعميم القاعدة للإيقاعات المشتملة على التعهد والضمان - كما ذكرنا -

ثم إن ما ذكرناه أنخص مما أطلق بعض في تعداد أسباب الضمان : القبض بالعقد الفاسد ، فإنه يشمل ما لم يكن مضموناً بصحيحه كالعارية . بل وسائر التمليكات المجانية ، فلا بد من حيث تخصيص القاعدة أو تعميمها من النظر إلى مدركها ، فإن كان هناك ما يستفاد منه عموم القاعدة كحديث : « على اليد » (١) وجب تخصيصها بالكايبة الثانية - بعد تسليمها - لورودها عليه .

وكيف كان ، فهنا قاعدتان : أحدهما ايجابية ، وهي « كل ما يضمن بصحيحه بضمن بفساده » والأخرى سلبية وهي : « كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » ،

والكلام في الكلية الايجابية يقع - مرة - في معناها ، وأخرى - في مدركها :

أما معناها ، فنقول - وبالله التوفيق - : أما كلمة (ما) فيحتمل أن تكون كناية عن المقبوض باعتبار القبض أو ما يحكمه من الاستيفاء للعمل لأنه الموجب للضمان والسبب له بلا واسطة ، أو عن العقد - كما وقع التعبير به في بعض العبارات ، لأنه سبب لما يترتب عليه من القبض ، وموجب له بواسطته ، وبشرط تحققه .

وبعبارة - مع كونه مرجوحاً - بالنسبة إلى الأول ، لما عرفت من لزوم الواسطة في النسبة - : أنه إنما يتم في العقد الصحيح ، وأما الفاسد فلا

(١) ونص الحديث هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ذكره العجلوني في (كشف الخفاء : ج ٢ حديث ١٧٦٨) عن عامة كتب الصحاح ، ونقل عن الترمذي وأبي داود بلفظ (تؤدي) . وورد ذكره بصيغته - أيضاً - في عامة كتب الفقه والحديث - من الفريقين - .

مدخلية له بنفسه في التأثير - بالمررة - (١).

(١) أقول: إن ما ذكره - قدم سره - وإن كان له وجه - ولكن يمكن أن يقال إن الأنسب أن تكون كلمة الموصول في كلام من عبر بها بقوله: « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » كناية عن العقد أو ما يشبهه من الإيقاع ، فانه - مضافاً الى ما ذكرناه من أن كل من ذكر هذه القاعدة بأي تعبير كان - غرضه بيان الضابط لتحيز الموارد التي يضمن فيها مصب العقد الفاسد مما لا يضمن فيه ذلك . وعليه ، فالأظهر لمن عبر بالموصول : أن يريد به الكناية عن العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض :-

ان الموصول في (ما يضمن بصحيحه ...) الخ مبهم ، تفسره صلته والأنسب فيما ينصف بالصحة والفساد هو العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض .
وأما قوله « وأما الفاسد فلا مدخلية له بنفسه في التأثير بالمررة » فهو مبني على أن الباء في قولهم « بصحيحه » و « بفاسده » للسببية التامة . فلم لا تكون لمطابق السببية ، ولو كانت ناقصة .
فإن الموجب للضمان في الفاسد ، وإن كان هو قبض العين ولكن المنشأ له هو العقد .

أو تكون الباء للظرفية ، نحو قوله تعالى « نجبتهم بسحر » (١) وقوله تعالى « ولقد نصركم الله ببدر » (٢) فيكون المراد بقولهم (رحمهم الله) « ما يضمن بصحيحه ... » العقد المضمون مورده ومصبه في صحيحه مضمون ذلك في فاسده ، فيكون اسناد المضمونية الى العقد ووصفه بها من قبيل الاسناد الى غير ما هو له والوصف بحال المتعلق .

(١) سورة القمر : ٣٤ .

(٢) سورة آل عمران : ١٢٣ .

= وعلى كل ، فالظاهر اتحاد المقاد في التعبيرين وان الموضوع في كل منهما هو العقد :

ثم إن القاعدة المذكورة - أصلاً وعكساً - لم تكن مورد نص - بالخصوص - ولا إجماع معتبر . وإنما استفيد أصلها من أدلة احترام مال المسلم وعمله . ومن جانبها حديث « على اليد .. » المشتهر بين الفريقين . ولما كان دليل الاحترام مورده ما إذا لم يسقط المالك احترام ماله وعمله ببذله - مجاناً - وتبرعه به ، كما أن عموم « على اليد » مخصص بأدلة التسليطات المجانية ، وأبدي الأمانة ، استفيد من ذلك عكسها . وبما أن مدركها منحصراً بأدلة الاحترام الساقط بالاقدام على المجان ، وعموم « على اليد .. » المخصص بأبدي الأمانة ، فلا بد أن يختار لها معنى يوافق مدركها :

وعليه فلو فرض أن ظاهرها أن العقد الذي كان له - بالفعل - فردان صحيح ، وفساد ، وكان الصحيح منهما موجباً للضمان ، فالفساد - أيضاً - مقتضى للضمان ، فالبيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجر - بناء على كونها بيعاً فاسداً واجارة فاسدة - مقتضيان للضمان ، إذ البيع الصحيح موجب له . وكذا الاجارة الصحيحة ، ففسادهما كذلك .

هذا ، ولكن لما كان الضمان فيها لا يوافق المدرك حيث أن التسليط فيها مجاني ، ومقتضاه عدم الضمان فيها ، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور المفروض واختيار معنى للقاعدة يطابق المدرك بأن يقال : معناها إن كل شخص من العقود لو فرض كونه صحيحاً ، وكان - على الفرض موجباً للضمان - فهو مقتضى للضمان في فرض الفساد . أما لو لم يكن - على فرض صحته - موجباً للضمان ، فلا ضمان فيه مع فرض فساد . وهذا ما اختاره البعض في معنى القاعدة ، وإن استضعفه الشيخ المحقق الانصاري - قدس سره - حيث قال : - في مكاسبه أوائل كتاب البيع - : « وربما يحتمل في =

= العبارة أن يكون معناها أن كل شخص من العقود يضمن به أو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استؤجر بشرط أن لا أجرة - كما اختاره الشهيدان - قدس سرهما - أو باع بلا ثمن - كما هو أحد وجهي العلامة في (القواعد). ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له - بالفعل - صحيح وفساد، لاما يفرض نارة صحيحاً وأخرى فاسداً - فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به - نعم، ما ذكره بعض من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه، لايجرى في هذا النوع، لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركتها « انتهى ».

أقول: بعد ما ذكرنا: من أن هذه القاعدة المذكورة لم ترد في نص ولا إجماع معتبر، وإنما هي مخرجة ومستفادة من أدلة: احترام مال المسلم وعمله، المختص بصورة عدم إقدام مالكه على إسقاطه والتبرع به، ومن عموم « على اليد » المخصص بأدلة التسلطات المجانية وأيدى الأمانة: فالمناطق والمتبع شمول المدرك للمورد وعدم شموله له، ولا اعتبار - بعد ذلك - بظاهر لفظ القاعدة إذا كان المدرك خاصاً بصورة الإقدام على الضمان، ولا يشمل التبرع والمجان فلا بد من التصرف في الظهور - لو كان - مضافاً إلى ما قد يقال: بأن قضية كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، شأنها شأن جميع القضايا الحقيقية في كونها منحلة إلى شرطية شرطها عقد وضعها، وجزاؤها عقد حلها. فمعنى « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده » هو أنه لو وجد عقد - وكان على تقدير وجوده وصحته بما فيه الضمان - فهو على تقدير فساده أيضاً فيه الضمان .

هذا أصلها، وأما عكسها، فهو أنه لو وجد عقد، وكان على تقدير =

ثم الظاهر إرادة التدارك من الضمان (١) وهو الظاهر من كون الشيء وجوده وصحته مما ليس فيه الضمان ، فهو على تقدير فسادده ليس فيه الضمان وهذا المعنى الظاهر من القضية الحقيقية ظاهر الانطباق على ما احتمله ذلك البعض - كما لا يخفى - فإن البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجره لو فرض كونها صحيحين لاضمان فيهما : فهكذا مع فرض فسادهما .

ثم ان هذا بناء على ان انشاء البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجره مصداقان للفساد منها ، وأما بناء على كونها مصداقين للهبة والعارية الصحيحتين بناء على صحة انشاء عقد بلفظ آخر مع نصب قرينة على المراد ، أو أنها مصداقان للفساد منها بناء على عدم صحة ذلك ، فعدم الضمان فيهما واضح ، حيث أنه لاضمان في الهبة والعارية مطلقاً .

(١) الضمان : مصدر : ضمن الشيء - اذا تعهد به ، وهو مأخوذ من دخول شيء في شيء . مثلاً : الدلالة التضمنية يقال لمكان دخول المدلول التضمني في المدلول المطابقي ، وكون الدلالة عليه في ضمن الدلالة المطابقة ، والمراد به - هنا - تعهد الانسان بمال شخص آخر . وإنما سمي (ضماناً) لدخول المال المضمون في عهدة الضامن وضمنه ، وهو مأزوم لكونه درك المضمون عليه ، وخسارته من ماله ، فليس كون الدرك والخسارة من مال الضامن نفس الضمان ، وإنما هو لازم له .

ثم إن اطلاق الضمان واستعماله في التعهد قد يكون بلحاظ معناه المصدري ، أعني : نفس التعهد بالمال وجعله في العهدة بما هو فعل الضامن ببذل العوض في مقابله ، وقد يكون بلحاظ معناه الاسم المصدري المتأخر عن اللحاظ الأول رتبة أعني كون المال في العهدة ، ودخوله فيها الذي هو نتيجة الجعل ، بل ولو لم يكن يجعل منه ، بل كان بسبب غير اختياري للضمان ، كما في ضمان المقبوض بالسوم ، وكضمان المتلف لمال الغير حال النوم - مثلاً - :

وبلحاظ المعنى المصدري استعمال الضمان في النبوي المعروف : « الخراج =

= بالضمان ، (١) على خلاف ما استفاده أبو حنيفة ، فإنه فهم منه المعنى الاسم المصدري ، في مورد صحيحة أبي ولاد - عند اكترائه بغلام الكوفة الى قصر بني هبيرة في طلب غريم له ، فخالف وركبه الى النيل ، ثم الى بغداد ، وارجعه الى صاحبه بعد خمسة عشر يوماً - وتراضيا بأبي حنيفة حكماً فقال لصاحب البغل : ما تريد من الرجل ؟ قال : أريد كراء بغلي ، فإنه حبسه علي خمسة عشر يوماً ، فقال أبو حنيفة : إني ما أرى لك حقاً ، لأنه اكتراه الى قصر بني هبيرة ، فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل ، وسقط الكراء . فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يازمه الكراء . فخرج صاحب البغل يسترجع ، فرجه أبو ولاد ١٤ ألفي به أبو حنيفة واعطاه شيئاً وتحلل منه .

وحج في تلك السنة ، واجتمع بأبي عبد الله الصادق - عليه السلام - واخبره بفتوى أبي حنيفة ، فقال - عليه السلام - : « في مثل هذا القضاء تجبس الساء ماعها والارض بركااتها » فقال له أبو ولاد : فما ترى انت جعلت فذاك ؟ قال - عليه السلام - : أرى له عليك مثل كراء البغل : ذاهباً من الكوفة الى النيل ، وذاهياً من النيل الى بغداد ، ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة توفيه إياه .. » (٢) الخبر . وبالجمل ، مستند فتوى أبي حنيفة ما فهمه من قوله (ص) « الخراج بالضمان » من أن مطلق دخول الشيء في العهدة يقتضى لاستحقاق منافعه ، ولو كان بغير =

(١) ذكره العجلاوني بهذا اللفظ في (كشف الخفاء : ج ١ حديث ١٢٠٥)

عن عامة الصحاح .

(٢) مضمون خبر مفصل يذكره الحر العاملي - قدس سره - في (الوسائل

ج ٣ ، أحكام الاجارة ، باب إن من استأجر دابة الى مسافة فتجاوزها ..) حديث (١) طبع طهران اسلامية .

= اختياره ، كالضمان باليد ، فإن الخراج ما يخرج من الشيء ، وينتجصل منه من المنافع والنماء ، والباء في قوله « بالضمان » للعرضية والبدلية أو السببية ، فيكون مفاد النبوي المذكور - على هذا - : إن ما يحصل من العين من النماء والمنفعة بدل ضمان العين ، أو بسببه ، ولو كان الضمان بغير اختيار وإقدام ، بل بحكم من الشارع بمقتضى شمول حديث « على اليد » .

هذا ، ولكن المتعين : أن المراد بالضمان في النبوي المذكور ، هو التعهد الاختياري المعاوضي الذي هو فعل الضامن ، وهو ما ذكرنا أنه الضمان بالمعنى المصدري ، فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي جعل ملكية المنافع والنماء بدلاً أو مسبباً عن إقدام الشخص على التعهد والضمان المعاوضي بهذا العوض فإن الغرض المهم للتعهد بذلك كون المنافع والنماء له مجاناً ، ولا مناسبة في جعل ملكية المنافع ونظيرها بدلاً أو مسبباً عن الضمان بمعناه الاسم المصدري ، وبمجرد كون العين في العهدة ولو لم يكن ذلك بجعل واختيار من الضامن بل بحكم من الشارع بمقتضى عموم « على اليد » وقاعدة الاحترام ، بل بمقتضى ما فهمه أبو حنيفة أن الغاصب لا يضمن المنافع المستوفاة له مما غصبه بعد إرجاع العين له .

ومضافاً إلى المناسبة المذكورة ، يدل على ما ذكرناه رد الصادق - عليه السلام - على فتوى أبي حنيفة بذلك اللسان الشديد حيث أفق بعدم ضمان منافع البغل عند المخالفة ، فلو كان الضمان في النبوي بمعناه الاسم المصدري كانت تلك الفتوى هي المتعينة . فمن رده عليه السلام لها يستكشف تعيين إرادة المعنى المصدري الذي ذكرناه ، ولا شبهة في أن الصادق - عليه السلام - اعرف بمفاد كلام جده (ص) من أبي حنيفة « فإن أهل البيت ادري بما فيه » .

= لا يقال : ان مقتضى ما ذكرت من ان مفاد النبوي : أن الاقدام
المعاوضي على الضمان اختياراً موجب للملكية المتنازع - كون المتنازع للعين
المقبوضة بالعقد الفاسد غير مضمونة لذلك العين ، لوجود الاقدام المعاوضي
بالنسبة الى العين ، مع أنه لا إشكال في ضمان المتنازع المستوفاة ، بل القائمة
تحت يد القابض - على المشهور - .

لأننا نقول : الاقدام بالعقد الفاسد الذي هو كالعقد لا يكون منشأ
لملكية المتنازع ، وإنما الموجب للملكية هو الاقدام بالعقد الصحيح المعوض
شراً :

هذا ، ولكن الغالب الشائع في اطلاق لفظ الضمان في النصوص والفناوي
إرادة التعهد بالمعنى الاسم المصدري أعني كون المضمون في ذمة الضامن
وعهده ، كباب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد وبالسوم ، وباب إتلاف
مال الغير ، الى غير ذلك من سائر إطلاقات لفظه ، ومنها إطلاقه في قاعدة
« ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » اذ المستفاد منها أن كل عقد أو إيقاع
يكون مورده ومتعلقه في عهدة عاقده وموقعه ، يكون في فاسده كذلك ،
ومالم يكن في الصحيح في عهده لم يكن في الفاسد فيها - ايضاً - .

ثم إن ما يستفاد من القاعدة المذكورة كون الفاسد مساوياً للصحيح
في أصل تحقق الضمان ، وإن اختلفا في المضمون وما هو في العهدة ، فإنه
في الصحيح : هو المسحوق في العقد ، وفي الفاسد المثل أو القيمة ، وأجرة
المثل في الاجارة ونحوها .

وهذا الاختلاف مما يقتضيه الصحة والفساد ، وإمضاء الشارع للمعاملة
وعدم إمضائه ، وهو اختلاف في لازم الضمان ، لا فيه نفسه - كما لا يخفى -
بل قد يقال : بأن الضمان في الصحيح والفساد لا يختلف ، اذ هو بالمثل =

= أو القيمة في كليهما فإنه إما يكون بالمسمى في الصحيح قبل القبض وأما بعده فهو بالمثل أو القيمة ، والفائدة تأسست لموارد ضمان اليد المتحقق بالقبض .

توضيح ذلك : أن عقد البيع - مثلاً - بما أنه موجب لنقل كل من العوضين من ملك مالكه إلى ملك طرفه فكل من المتبايعين قبل التقاض يضمن ما انتقل عنه إلى صاحبه بعوضه المسمى في العقد المنتقل من صاحبه إليه ، فلو تلف كل من العوضين قبل قبضه من الآخر ينسخ البيع ويعود كل عوض إلى ملك مالكه السابق بمقتضى قوله (ص) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال باعه » (١) على ماقرر من حكم التلف قبل القبض في محله :

ثم إنه بالقبض ينتقل الضمان من كل من المتبايعين إلى الآخر ، فالبايع قبل القبض كان ضامناً للمبيع بعوض المسمى - كما ذكرنا - وبعد القبض يصير المشتري ضامناً له ، ولكن بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة ، وكذا المشتري ، فإنه قبل القبض كان ضامناً للثمن بعوضه المسمى في العقد وهو الثمن ، وبعد قبض البايع له يصير ضامناً له بالمثل أو القيمة ، ومعنى ضمان القابض - مع كون المقبوض ملكه - أنه لو تلف ثم طرأ فسخ للعقد بخيار أو انفساخ بتقابل ، يلزمه رد المثل أو القيمة . وعليه ، فالمثل أو القيمة هو المضمون في الصحيح والفساد :

والحاصل ، كما أن أصل الضمان ينتقل بالقبض من المالك الأصلي إلى =

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الانصاري وعامة الموسوعات الفقهية في

كتاب البيع باب أحكام القبض .

ج ١ الظاهر أن المراد من الضمان: هو الندارك بالتلف لأن التألف في ملكه ٧٧

مضموناً عليه بمعنى لزوم الغرامة عليه بالتلف ، والندارك له بالبدل عنه بحيث يعود الخسران والنقصان في ماله الأصلي ، لا ما قيل في معناه : من محض كون التألف في ملكه وفائتاً من ماله ، كما لعله يعطيه قولهم : لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع ومضمون عليه ، إذ لا معنى لكون الإنسان ضامناً لمال نفسه .

فعلى الأول - يختص العقد في الكلية الإيجابية بعقود المعاوضات ، ودخل غيرها من التملكيات كالوقف والصدقات والهبات الخيرية وغيرها كالعارية ونحوها في الكلية السلبية ، فتطرد الكليتان حينئذ - أصلاً وعكساً ، كما يظهر من استدلالهم بعدم الضمان في فاسد العقود الخيرية بالكلية السلبية ، وهو بدل - أيضاً - على إرادة ما ذكرناه من معنى الضمان في القاعدة .

وعلى الثاني - بهم سائر العقود التملكية من المعاوضات والخجانيات ، واختص في السلبية بغير العقود التملكية كالعارية والاجارة بالنسبة إلى العين دون المنفعة والوديعة وسائر الأمانات مما لا يكون العقد فيه مملوكاً .

= المالك الفعلي ، كذلك ينتقل به المضمون من العوض الجملي - اعني المسمى - إلى الواقعي ، وهو المثل أو القيمة ، فلا فرق بعد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح ، والمقبوض بالعقد الفاسد .

ثم إنه ، لما كان المناط في الضمان في فاسد ماله كان صحيحاً ، وعدم الضمان ، هو الاقدام عليه وعدم الاقدام ، فلا فرق بين كون الضمان أو عدمه باقتضاء نفس العقد أو بواسطة ما اشتمل عليه من الشرط ، فمثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجر - بناء على كونهما من البيع والاجارة الفاسدين - يدخل في عكس القاعدة ، لكون التسليط فيها مجاناً . ومثل الهبة المشروط فيها العوض والعارية المشروط فيها الضمان الفاسدين يدخل في أصل القاعدة لكون الاقدام فيها على الضمان .

ثم المراد من العوض المدلول عليه بالضمان هو العوض الواقعي مثلاً في المثاليات ، وقيمة في القيميات ، لأنه البديل عنه ، ويحصل به تأديته بعد التلف ، لأن تأدية الشيء بعد تلفه يصدق - عرفاً - بتأدية بدله الواقعي من المثل أو القيمة ، فيكون مندرجاً بعد التدارك بذلك في الغاية في حديث « على اليد » وإلا لاختص الضمان فيه بحال بقاء العين في اليد ، والمسمى إنما يكون بدلاً وعوضاً بشرط إضفاء الشارع لما تفارر عليه المتعاقدان ، ومع عدمه فالبديل هو البديل الواقعي . وحينئذ ، فالعين المضمونة بصحيح العقد أو القبض مضمونة بفساده أيضاً ، من غير اختلاف في أصل معنى الضمان فيها . وإن اختلفا في الكيفية بالمسمى في الأول ، والمثل أو القيمة في الثاني :

ثم إن المقيس والمقيس عليه من عقدي الصحيح والفساد يشترط أن يكونا متحدثين - صنفاً - بمعنى أن يكون صنف واحد ، له فردان صحيح وفساد ، يقاس فاسدهما بصحيحه في الضمان وعدمه ، كعارية الذهب والفضة أو المشروطة يقاس فاسدهما بصحيحه في الضمان ، لا يغيرهما من صنوف العواري غير المضمونة .

هذا ، والذي يظهر من إطلاق كلماتهم ، عدم الفرق في الفساد بين كون الفساد من جهة نفس العقد أو فوات ما يعتبر في المتعاقدين منها أو من أحدهما أو في العوضين ، كذلك ، أو فوات نفس العوض - على أشكال فيه - وسواء كان المتعاقدان عالمين بالفساد أو جاهلين به ، أو أحدهما عالماً والآخر جاهلاً ،

هذا كله في بيان معنى القاعدة . وأما مدركها .

فعمدة ما يعول عليه - بعد الإجماع المستفيض ، وإن أمكن أن يقال فيه : إنه من الإجماع على القاعدة - قاعدة الاحترام ، فإن المسلم محترم في

نفسه وعرضه وماله ، وحرمة ماله كحرمة دمه ، وعمله محترم أيضا ، وهو من ضروريات الدين ومدلول عليه بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين . ومعنى احترام ماله حرمة مزاحمته فيه والأخذ منه بالقهر عليه ، بخلاف غيره ممن لم يدخل في ذمة الاسلام من الكفار ، فإنهم ، وإن ملكوا أموالهم ، ولذا كلفوا بالفروع من العبادات المالية - أيضا - المنوقفة على تملكهم لها ، لأنه يجوز لنا مزاحمتهم عليها والأخذ منهم بالغاية أو الغلبة . ولا منافاة بين الملكية وعدم الاحترام ، فإن عدم الاحترام أعم من عدم الملكية .

لا يقال : إن غلبة مادل عليه الاحترام حرمة مزاحمة المسلم في ماله وعدم جواز أخذه منه قهراً ، وأين ذلك من الضمان على تقدير المزاحمة بعد التلف ، وإن أثم بها ، وبعبارة أخرى : غاية ما يستفاد منه الحكم التكليفي ، وهو حرمة المزاحمة ، وأما الحكم الوضعي ، وهو الضمان بعد التلف فهو أول الكلام .

لأننا نقول : ان المزاحمة كما يحرم حدوثها يحرم دوامها ، فيجب رفعها بعد حدوثها ، وكما يحصل رفعها بدفع العين المأخوذة مع بقائها ، يحصل - عرفاً - بدفع المثل أو القيمة بعد التلف فيما يقع الضمان بالتأدية الحاصلة برد العين مع بقائها ورد عوضها الواقعي مع التلف كما هو مفاد « ... حتى تؤدي » في حديث « على اليد » :

ودعوى عدم المزاحمة بعد التلف لعدم وجود المال حتى تصدق المزاحمة مردودة بما وقع منها الذي لم يزل إلا بالتدارك ، فإن عدم الرفع به بعده مع القدرة عليه نوع بقاء للمزاحمة ودوام لها ، فافهم .

وحيث أن نظام العالم في نقل الناس الأموال وبذل الأعمال فيما بينهم للحصول الأغراض الدينية أو الدنيوية ، لا جرم ألقى الشارع زمام ذلك بيد المالك في ماله بحيث له تملكه لغيره - مجاناً - أو بعوض - عيناً أو منفعة -

أو تسليطه للغير على الانتفاع ماله مع بقاءه في ملكه أو تنزيلة منزلة نفسه في أعماله وما يتولاه في حاله وإن اعتبر في حصول ذلك أموراً ، وجعل لها أسباباً خاصة كالعقود وما يعتبر فيها ، فإن ذلك غير منافع للسلطنة المجهولة للمالك بحكم « الناس مسطرون على أموالهم » ولا للاحترام المجهول لمال المسلم .

وإن أبيت إلا دعوى عدم الاحترام في التمليكات المجانية ونحوها مما لا يكون بعوض ، فلا بأس بدعوى جعل الشارع إسقاط الاحترام بيد المالك فله أن يسقط احترام مال نفسه ، فعدم الضمان في فاسد العقود المضمونة بالعوض بصحيحه منافع للاحترام المجهول في مال المسلم بعد أن كان النواطيء بين المتعاقدين على تبديل مال بمال مخصوص ، إذ غاية ما أوجب فساد العقد عدم سلامة المسمى له لاسقوط احترام ماله ، ولا كذلك في غير المعاوضات من العقود مما كان القبض فيه مجانياً من التمليكات والأمانات فإن عدم الضمان فيه - كما عرفت - لا ينافي الاحترام بعد أن كان الاقدام منه على المجانية ، أو لسقوط الاحترام المجهول له إسقاطه ، فظهر أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وبالعكس .

ودعوى أن مرجع التمسك بالاحترام إلى التمسك بحديث « على اليد » لأله المستفاد منه :

فيها - مع أن حديث « على اليد » من جملة ما دل على الاحترام في بعض الموارد ، لا الاستدلال بالاحترام استدلالاً بحديث اليد - : أن الحديث لظهور اختصاصه بالأعيان أنخص من قاعدة الاحترام الأعم من الأموال والأعمال ، ولذا كان عمل الأجبر بالاجارة الفاسدة مضموناً على المستأجر بأجرة المثل - كما هو مضمون بالمسمى في الاجارة الصحيحة ، فلا يتم الاستدلال - كما عن جماعة - بحديث « على اليد » على تمام المدعى من

كلية قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده » : كما لا يتم الاستدلال عليها بقاعدة الاقدام - كما عن بعض - منهم الشهيد الثاني في (المسالك) في باب الرهن المشروط يكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل ، حيث علل الضمان بعد الأجل بأنه دخل القابض على الضمان ، ودفع المالك عليه وان أضاف اليه حديث « على اليد » (١) وكأنه تبع في التعليل بذلك الشيخ فيما حكى عن (مبسوطه) في مواضع ، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين ، بدخوله على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة ، لأن الاقدام - مع أنه لا دليل على كونه موجباً للضمان ومن اسبابه ، وأن إقدام المتعاقدين عليه إنما هو على تقدير الصحة لا مطلقاً - فيه أن ما أقدموا عليه بالعقد الفاسد من الضمان بالمسمى لم يثبت لها وما هو ثابت من العوض بالمثل أو القيمة لم يقدموا عليه . وبعبارة أخرى - إنما أقدموا على الضمان الخاص ، لا مطلق الضمان ، ومع انتفاء الخصوصية لا يبقى المطابق حتى يتقوم بخصوصية أخرى ، وليست من قبيل الدالين والمدلولين بمعنى الإقدام على الضمان وكونه بالمسمى ، حتى لا ينافي انتفاء أحدهما بقاء الآخر .

هذا مضافاً الى ما قبل من أن الاقدام أعين من الضمان من وجه ، فقد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كالتألف بعد البيع قبل القبض ، فإنه لا ضمان على المشتري ، مع تحقق الاقدام منه عليه ، وقد يتحقق الضمان بالعقد الفاسد مع عدم الاقدام عليه ، كالبيع بلا عوض ، والاجارة بلا

(١) قال - في كتاب الرهن ، شرح قول المحقق : ولو شرط : إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعاً لم يصح ... : ... والسر في ذلك أنها تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه ، مضافاً الى قوله (ص) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » .

أجرة ، ومع ذلك كيف يكون الاقدام دليلا على الضمان .
 اللهم إلا أن يجاب عن الأول بأن الاقدام إنما هو على كون المقبوض مضموناً عليه أو العقد المضمون بشرط القبض - كما تقدم -
 وعن الثاني بأن البيع بلا عوض والاجارة بلا اجرة إن أريد التملك البيعي أو الاجارتي منها ، فلا نسلم الاقدام على عدم الضمان الا على تقدير حصول التملك البيعي أو الاجارتي ، لامطلقاً ، وإن أريد التملك المجاني - وإن عبر عنه بالبيع أو الاجارة من عقود المعاوضات - فلا نسلم الضمان حينئذ ، لسقوطه بالاقدام على عدمه ، فيدخل في عقود التملكيات المجانية التي لا ضمان في صحيحها وفاسدها - كما عرفت - ولعله يأتي لذلك مزيد توضيح إن شاء الله تعالى .

فظهر مما ذكرنا أن قاعدة الاقدام لا تصلح أن تكون دليلاً ، ولا يبعد حل كلام الشيخ - رحمه الله - ومن تبعه مما ظاهره الاستدلال على الضمان عليه ، على إرادة عدم وجود المانع عن الضمان من الاقدام على المجانية ، لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ، لإثبات المقتضي للضمان بالاقدام فينحل كلامهم إلى ثبوت الضمان لوجود المقتضي : من اليد ، والاحترام ، وعدم المانع من الاقدام على المجانية ، لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ، وإن كان يكفي في عدم المانع عدم الاقدام على المجانية ، لا الاقدام على عدمها ، إلا أنه لما كان في الواقع كذلك ، وكان أكد في بيان عدم المانع وقع التعبير به في كلامهم .

فالعمدة في الاستدلال على الكليتين - : الإيجابية والسلبية - : هو ما ذكرنا من الإجماع المستفيض وقاعدة الاحترام ، وبها تم كلية القاعدة طرداً وعكساً :

ثم ها هنا نقوض وإشكالان :

ج ١ في استعراض النقوض على القاعدة ومنها استعارة المحرم الصيد من المحل ٨٣

أما النقوض ، فمنها - النقض على الكاية السالبة باستعارة المحرم الصيد من المحل ، فانهم حكموا بوجوب الارسال مع غرامة القيمة للمالك ، فهي عارية فاسدة مضمونة ، مع أن صحيحها غير مضمون .

وفيه - مع أنه مبني على وجوب الارسال ، والغرامة للمالك كما هو أحد القولين في المسألة ، والآخر - وجوب رده الى المالك والفداء لله تعالى ، تقديماً لحق المالك وجمعاً بين الحقيقتين ، وعليه فلا يتم النقض - .

مبني أيضاً على الضمان مطلقاً ، ولو بالتلف قبل الارسال ، وهو في حيز المنع وحكمهم بالضمان هنا للاتلاف المنبعث عن وجوب الارسال ، وهو من أسباب الضمان مطلقاً في صحيح العارية وفاسدها ، فالكلام منهم مسوق لبيان حكم الاتلاف بالارسال دون التلف ، دفعاً لما لعله يتوهم من عدم الضمان مطلقاً ، ولو بالاتلاف ، لان المالك اقدم بهذه العارية الواجب على المستعير إتلافها على كونه تالفة عليه .

وبالجملة ، فالصواب أن يقال بعدم الضمان على المحرم مع التلف في يده لكونها عارية فاسدة ، وصحيحها غير مضمون ، ففاسدها كذلك والضمان مع الاتلاف بالارسال لان صحيحها مضمون بالاتلاف ففاسدها مضمون به ايضاً .

وربما يقال - بل قيل - في توجيه الضمان - مطلقاً - بدعوى انتقال القيمة الى ذمة المحرم بمجرد أخذه له من المحل ، وان كان عارية لوجوب الاتلاف عليه ، إما بخروجه عن ملك المالك بذلك ، فتكون القيمة حينئذ بدلا عن العين ، وان لم يملكها المحرم ، أو بدلا عن الجبلة مع بقائها على المملوكية مطلقاً ، أو الى الارسال ، لان الممتنع شرعاً كالممتنع عادة وان جاز للمحل صيده بعد الارسال - على التقديرين - وعليك باستخراج الثمرة بينها ، أو بدعوى كونها مضمونة عليه مطلقاً ، ولو بالتلف من دون

انتقال القيمة بمعنى كونه في عهده لكونه من الاقدام على الانلاف ،
والعرضة له ، فيكون القبض قبض ضماناً بالانلاف أو بالانلاف إلا أن
ذلك كله على عهدة المدعي (١)

(١) ينبغي ذكر حكم الصيد الذي استعاره المحرم من المحل . ثم نعبه ببيان صحة
النقض وعدمه ، فنقول : ينسب الى المشهور : أن الصيد المذكور يخرج
عن ملك مالكه باستعارته ويجب على المستعير إرساله ، فلو أرسله على الفور
لا يلزمه الا قيمته للمالك ، ولو أبقاه عنده مقداراً فتلف وجب عليه القيمة
لحق المالك والفداء لحق الخالق ، وأما رده الى المالك فسيأتي بيان حكمه :
أما خروجه عن الملك باستعارته ، فيمكن استفادته مما تسالم عليه
الاصحاب - أو اشتهر بينهم - أن من أحرم ومعه صيد كان قد اصطاده
أو ملكه قبل إحرامه فإنه يخرج عن ملكه ويلزمه إرساله فوراً فإن لم يفعل
ومات يجب عليه الفداء .

واستدل لهم على ذلك بخبر عبد الأعلى - أو صحيحه - المسؤول فيه
« عن رجل أصاب صيداً في الحل فشى برباطه حتى دخل الحرم والرجل
في الحل قال عليه السلام : نمنه ولحمه حرام مثل الميتة » فان تحريم الثمن
وجعله كالميتة ظاهران في عدم مملوكيته :

ثم ان خروج ما هو معه من الصيد عن ملكه بالاحرام - وان لم يلزم
خروج ملك غيره من الصيد المستعار منه مع إحرام المستعير فيمكن بقاء
ملكية الغير له وان وجب على المستعير إرساله فوراً فان المستعيرين مختلفان
موضوعاً ، فجاز اختلافهما حكماً وان اتفقتا في وجوب الارسال - الا
انه يمكن ان يستكشف من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الانسان باحرامه
- وهو تحت يده - أن وجوب الارسال ليس لخص التكليف بل لخروج
الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات باستعارة المحرم له فاهـاؤه =

= تحت يده - وهو محرم - بمنزلة اصطيد جديد له حال الاحرام كما هو كذلك فيمن أحرم - ومعه صيد ملكه قبل الاحرام - وليس ذلك ببيع بل هو قريب .

نعم قد يقال : ان المستفاد من رواية عبد الأعلى : ان خروج الصيد عن الملك وصيرورته من المباحات إنما هو بدخوله الحرم فيجوز كون ذلك إنما هو من خصوصيات الحرم لا مجرد احرام من هو يده ، بل قد يستظهر ذلك وعليه فجرد احرام المستعير ما لم يدخل به الحرم لا يخرج عن الملك الى الاباحة . وعلى كل فالمسئلتان متحدتان حكما وان اختلفتا موضوعاً .

ثم انه - بناء على ما قربناه من خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات باستعارة الحرم له او مع الدخول به في الحرم - لا اشكال في ضمان المستعير لقيمته للمعير فيما اذا كان جاهلاً باحرامه أو يكون يده على الصيد موجبة لخروجه عن الملك :

واما مع العلم بالموضوع والحكم فربما يقال - بل قليل - بانتفاء الضمان من حيث أن المالك هو المقدم على ائلاف ماله بدفعه لمن يجب عليه إرساله . وفيه انه أو فرض عدم توسط فعل فاعل مختار بين السبب - وهو هنا دفع المعير - وبين الأثر المترتب عليه - وهو خروجه عن الملك وصيرورته من المباحات - لكان الأمر كما ذكر ، اذ الأثر حينئذ ينسب الى السبب ولكن فيما نحن فيه يسند الى المباشر وهو المستعير ، فانه لو لم يترتب أخذه للصيد الذي هو باختياره على دفع المعير له لا يكون موجبا للتلّف بنفسه . ثم إن المستعير لو عصى ولم يرسله بل دفعه الى المعير ، فالظاهر عدم خروجه عن الضمان ، فيأزمه قيمته للمالك لا ائلافه واخراجاً عن ماليته باستعارته وأخذه ، كما يجب عليه الفداء بلا اشكال ، لما ذكرناه من خروجه

عن ملك مالكة ورجوعه الى الاباحة الاصلية بمجرد الاستعارة أو مع الدخول به الى الحرم ، فرده الى المير بمنزلة اصطيات جديد له ، فانه بعد عوده الى الاباحة الاصلية يتملكه من شاء بمخيارته .

وبالجملة فحدث الملك الجديد للمير بالرد اليه لايوجب رفع الضمان الثابت على المستعير باخذه له وصيرورته من المباحات .

ولا وجه للقول بارتفاع الضمان بالرد الى المير وتنظيره بصيرورة الخل المغصوب خيراً عند الغاصب ، فانه وان ضمنه للمالك بقيمة الخل لكنه لو رجع الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه عند رده اليه فان الغاصب يخرج عن الضمان بذلك .

لانا نقول : مسألة الصيد لانشبه هذه المسألة ، فان الخل بصيرورته خيراً لا يخرج عن الملكية العرفية ، وان انتفت شرعاً . ومن هنا مع ضمان الغاصب للمالك قيمة الخل يبقى له حق الاختصاص فلكيته لم تبطل وان ضعفت شرعاً فغير عنها بالحق الذي هو مرتبة ضعيفة من الملك . وعليه فلو عاد الخمر الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه أو قبل ذلك يرتفع ضمان الغاصب للقيمة حيث كان لجهة الخمرية وقد ارتفعت بعوده الى الخلية ووصل الى المغصوب منه تمام ما غصب منه ، فلا وجه لبقاء الضمان وعدم ارتفاعه . وهذا بخلاف ما نحن فيه من مسألة الصيد الذي استعاره المحرم ، فانه بناء على ما قربناه من خروجه عن ملك مالكة باستعارة المحرم له أو مع الدخول به الى الحرم وعوده الى الاباحة الاصلية - كما كان قبل اصطياته يملكه كل من حازه ووضع يده عليه مالم يكن محرماً ، وشأن مالكة السابق - وهو المير - شأن غيره بالنسبة اليه ، ولم يبق له حق اختصاص به - أصلاً - وكان ضمان المستعير لقيمته من جهة إتلاف ماله وملكيته السابقة ، والذي

حصل للمعبر برده اليه وأخذ ملكية ومالية جديدة بعد انعدام الاولى وهي المضمومة ولم تعد : ومن هنا : لو فرض أن المستعير أرسله ثم اصطاده المعبر ، فهل يمكن القول بارتفاع الضمان من المستعير بدعوى عود المضمون الى مالكه السابق ؟ لا أظن ان القائل يلتزم بذلك . والسر فيه أن الاصطاد ملكية جديدة وليست عوداً للملكية السابقة ، وأي فرق بين الاصطاد بعد الارسال والرد الى المعبر وأخذ بناء على عدم توقف الخروج عن المالية على الارسال ، بل حصوله بأخذ المستعير للصيد أو بادخاله الى المحرم ؟ اذا تمهد ذلك ، فنقول : لأنقض على السالبة الكلية أعني : (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) بضمان الصيد المستعار للمحرم من المحل ، وقد وجه شيخنا الانصاري - قدس سره - عدم النقض بقوله : « الا أن يقال ان وجه عدم ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم إرساله وإداء قيمته ان المستقر عليه قهراً بعد الغارية هي القيمة لا العين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب ضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف » انتهى :

وحاصل هذا التوجيه : أن الضمان الموجود في مورد النقض - وهو استعارة المحرم للصيد - غير المنفي في القضية السالبة (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) فان المنفي ضمان العين بقيمتها بتلفها وهذا ضمانها باتلافها فان المتعهد به والمستقر عليه بعد الاستعارة هو قيمة الصيد الثابتة في العهدة قبل تلفه لحكم الشارع بوجوب اتلافه بإرساله فهو ضمان اتلاف للصيد ، والاتلاف وان لم يتحقق بأخذ الصيد ، وانما هو حاصل بالارسال ، ولكن لما وجب على المحرم الارسال - فوراً - فهو - اي الاتلاف - بمنزلة الحاصل فعلاً :

وبالجملة ، فالمنفى في القضية السالبة ضمان تلف العين فيما لا يضمن بصحيحه من العقود الخيانية - ومنها مورد النقض - والموجود ضمان إنلافها وهو حاصل في جميع العقود - معاوضة كانت أم مجانية - ،
هذا ، ولكن : بناء على أن اتلاف مالية الصيد وإرجاعه إلى الإباحة الأصلية لا يتوقف على إرسال المستعير له ، بل هو حاصل باستعارة المحرم وأخذه ، كما نسب إلى المشهور - أو بإدخاله له إلى الحرم - كما هو المستفاد من رواية عبد الأعلى - يتم ما ذكره : من المستقر عليه بعد العارية هو القيمة ، فوجوب دفعها ثابت قبل التلف ، وأما لو كان الصيد المستعار باغياً - بعد - على ملك المعير وإنما يكون خروجه عن المالكية باتلافه بالإرسال غاية الأمر أنه يجب ذلك على المستعير المحرم بعد الأخذ وإداء قيمته إلى المعير ، فبأي وجه يمكن أن يقال : أن المستقر عليه - فعلاً - قيمته الذي هو معنى الضمان الوضعي وأن وجوب دفع القيمة الذي هو لازم الضمان ثابت قبل التلف بمعنى الإرسال والجمال أن الضمان ولازمه مسببان عن الاتلاف وكيف يمكن تحقق المسبب قبل حصول سببه . وما وجهنا به ذلك من أن إيجاب الشارع على المحرم إرساله - فوراً - بمنزلة الاتلاف ، لا يرجع إلى وجهه محصل : ولعل تعبير الشيخ الأنصاري - قدس سره - بقوله : إلا أن يقال : مشعر بضعفه وعدم ارتضائه له .

هذا وما ذكره سيدنا الخال المصنف فيما تقدم من كلامه في دفع النقض بأنه مبني على الحكم بضمان المحرم للصيد المستعار مطلقاً ولو تلف قبل إرساله وهو ممنوع - إلى آخر ما ذكره - فإنه وإن حصل به دفع النقض عن القاعدة ، لكنه مبني على كون الضمان ولزوم دفع القيمة للمالك بعد الاتلاف بالإرسال ، فلو تلف قبل الإرسال لم يضمنه المستعير ، والذي قربناه مناسب

ج ١ - النقض على القاعدة بناء المبيع بالبائع الفاسد المضمون على المشتري ٨٩

ومنها - النقض بناء المبيع بالبائع الفاسد غير المستوفي (١) فإنه مضمون ، مع كونه غير مضمون بصحيحه ، فإنه مضمون بسبب الائلاف = الى المشهور من الحكم بضمان قيمة الصيد عند أخذ المستعير له بسبب سقوط ماليته وعوده الى الإباحة الأصلية بأخذه ، وإن شئت فقل : وإدخاله الى الحرم - على ما يستفاد من رواية عبد الأعلى - وعليه ، فلا فرق بين إرسال الحرم له أو رده الى المعير أو إبقائه تحت يده حتى تلف .

وعلى كل فالضمان الموجود في عارية الحرم للصيد هو بسبب الائلاف الحاصل بأخذ المستعير للعين المستعارة من المعير - على ما نسب الى المشهور - أو إدخالها بعد أخذه الى الحرم استفيد من الرواية أو بإرسالها بعد أخذها - كما اختاره سيدنا قدس سره - وصحيح العارية مضمون بالائلاف كفاسدها والمستفاد من القضية السالبة عدم الضمان فيها بسبب التلف ، فلا نقض عليها .

(١) ربما يرد النقض على القاعدة بناء المبيع بالبائع الفاسد ومنافسه فإنها مضمونة على المشتري للبائع مع كونها غير مضمونة في الصحيح :

هذا ، ولكننا ذكرنا - سابقاً - أن القاعدة ليست في مقام بيان كل ما هو مضمون أو غير مضمون في العقود الفاسدة وإنما هي لبيان الضابط لتمييز ما يضمن فيه مورد العقد ومصبه عما لم يضمن فيه ذلك ، وفي ما سواه يرجع في ضمانه وعدم ضمانه الى القواعد الأخر . وحيث كان مصب العقد في البيع نفس المبيع ، وهو مضمون في صحيحه ، فكذلك يضمن في فاسده ، وأما النماء والمنفعة فالمرجع فيها قاعدة تبعيتها للأصل ، وحيث كان المبيع في البيع الفاسد ملك البائع ففقتضى تلك القاعدة ضمان المشتري ما تلفه أو تلف تحت يده من ثمنه وكذلك ما استوفاه أو فات تحت يده من منفعة . هذا في المقبوض في البيع الفاسد . وأما المقبوض بالصحيح ، فثأره ومنفعته ملك القابض كالأصل .

نعم لو حصل فسخ في البيع بخيار أو انقضاء فيه بإقالة فما يحدث من النماء =

وفيه ان عدم ضمان النماء في البيع الصحيح لكونه من نماء ملكه غير ملحوظ فيه انتقاله بالعقد من المالك حتى يصح اتصافه بكونه مضمونا أو غير مضمون في العقد الصحيح .

ومنها - النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد ، فان المحقق - رحمه الله - في (الشرائع) - مع بنائه على عدم دخول الحمل في بيع الحامل إلا بالشرط - كما هو المشهور - (١) بل حكى الاجماع عليه - جزم بضمانه على المشتري فيه - مع انه غير مضمون في البيع الصحيح لكونه بيد المشتري أمانة مالكية وحكى ذلك عن (المبسوط) أيضاً .

والحق ، أن الحمل غير مضمون على المشتري لكونه أمانة مالكية بيده مطلقاً في صحيح البيع وفساده وان كان الحامل مضموناً عليه بالمسمى في الأول وبالقيمة في الثاني :

وعلى الدخول بالشرط ينزل كلام المحقق - رحمه الله - في (الشرائع)

= بعدها كالأصل مضمون بمثله أو قيمته على القابض أو اتلفه أو تلف تحت يده مالم يستأمنه المالك عليه فلا يضمنه بالتلف وكذا المنفعة الحادثة المستوفاة أو الفائتة فإنها مضمونة باجرة المثل مالم يستأمنه المالك على العين ، فلا يضمن الفائت منها وأما السابق عليها فلا يضمنها - مطابقاً -

اللهم الا أن يقال ببطالان المعاوضة من اصلها بالفسخ أو الانقاسخ ، لكنه ضعيف ، بل الأقوى البطلان من حينها - فتأمل جيداً - .

(١) حيث يقول - في كتاب التجارة ، الفصل التاسع في بيع الحيوان ، الثاني - في أحكام الابتاع : ... « وإذا باع الحامل فالولد للبائع على الاظهر ، إلا أن بشرطه المشتري ... » .

كما في (المسالك) (١) وبناء الشيخ في (المبسوط) على أصله فيه من دخوله في المبيع تبعاً كالجزء (٢) وإن أنكر شيخنا في (الجواهر) كونه أمانة لكون الأذن من المالك في البيع الفاسد من جهة اعتقاد كونه مستحقاً عليه فالأذن مفيد بجهة الاستحقاق ومن حيث البيعية ، والمقيد ينفي بانتفاء جهة تقييده ، وجعله هو الوجه في إطلاق كلام مصنفه .

وفيه : أن توهم الاستحقاق أو اعتقاده من الجهات التعليلية لامن الجهات التقييدية وبعبارة أخرى : من الدواعي ، لامن مشخصات الموضوع وتختلف الداعي عن الواقع لا يخرج الأمين عن كونه أميناً .

نعم ، مع علم المالك بتخلف الداعي وخطأ الاعتقاد لم يجعله أميناً ، وابن ذلك من الضمان بعدم جعله أميناً لو تلف بغير تعد وتفريط كما هو المفروض في المسألة .

وبالجملة فالضمان وعدمه في الفرض - بدور مدار الإمانة وعدمها ، لاصحة العقد وفساده ، لعدم مدخلة الحمل في المبيع ، وليس من متعلقات عقد البيع أصلاً حتى يكون مورد النقض على القاعدة - لو سلم ضمانه في الفاسد - لأن النقض إنما يتم في متعلقات العقد دون ما يفرقه ، وإن كان مستلزماً له بناء على إرادة العقد من كلمة (ما) في القاعدة دون القبض : ومنها - النقض بالشركة الفاسدة أورده شيخنا المرتضى - رحمه الله -

(١) راجع : الجزء الأول كتاب التجارة - في بيع الحيوان - في شرح قول المحقق الآنف « فإذا باع الحامل ... » حيث يقول : « ... هذا هو المشهور وعليه الفتوى ، وخالف فيه الشيخ ، وتبعه جماعة محتجاً بأنه جزء من الحامل ، فيدخل ، ولا يصح استثنائه ... » حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع كما لو استثنى جزء معيناً ، وحيث بشرطه المشتري يدخل وإن كان مجهولاً لأنه بايع للمعلوم ... »

(٢) كما عرفت - آنفاً - من نقل الشهيد عنه في (المسالك) .

في (مكاسبه) بما لفظه : لا ويمكن النقض - أيضا - بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك - حينئذ - عدواناً موجب للضمان (١) :

والظاهر ارادة شركة العنان ، لأنها المتصور فيها الصحيح ، والفاسد دون غيرها من أقسام الشركة (٢).

وفيه : أنه إن أراد بالضمان مع عدم الاذن في التصرف من الشريك فهو من التصرف عدواناً وبغير حق - على التقديرين - . وإن كان باذنه فلا ضمان في الشركة الفاسدة - أيضا - لأنه مأذون من الشريك :

ودعوى كون الاذن من جهة الشركة المفروض عدمها في الفاسدة . فيها ما عرفت : من كون الجهة تعلبية ، لا تقيدية ، ومن مشخصات الموضوع ، بل هي من الدواعي - كما تقدم - .

وان أراد كفاية عقد الشركة للاذن يجوز التصرف بناء على ظهوره فيه ما لم يمنع عنه من غير حاجة الى اذن مستقل بعد العقد ، وهو إنما يتأتى في العقد الصحيح دون الفاسد الذي يكون وجوده كعدمه من جهة الغاء الشارع له .

ففيه - مع أنه من أصله غير مسلم - (٣).

(١) راجع : كتاب البيع ، مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ، في قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) .

(٢) الشركة : قد تكون بأعيان الأموال - وتسمى شركة العنان - وقد تكون بالمنافع - وتسمى شركة الأعمال - وقد تكون بالمفاوضة في الغنم والغرم ، وقد تكون بالوجوه ... والاولى هي الصحيحة ، والثلاثة الآخرة باطلة - كما عليه عامة الفقهاء - (ولتفصيل الموضوع راجع : كتب الفقه ، كتاب الشركة) .

(٣) أقول : الشركة : قد تكون واقعية ، عرفوها بأنها اجتماع حقوق =

= الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياخ ، وهي من الاحكام لامن العقود . نعم سببها ربما يكون عقداً ، كما لو اشترى شخصان شيئاً واحداً لها ، وقد يكون سببها لارثاً ، كما لو ورث اثنان شيئاً واحداً ، أو مزجاً - قهرياً أو اختياريّاً - في مالين للمالكين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر : وقد تكون الشركة انشائية عقدية ينشأ بها التعاقد والتعاقد على الاسترباح بالمال المشترك بالتكسب به واستتمائه بالعمل به بمحدود وقيود ذكرت - في بابها من كتب الفقه -

ونسبة الواقعية الى العقدية كنسبة الموضوع الى الحكم ، فان التعاقد على الاسترباح مورده المال المشترك :

ثم إن في كفاية عقد الشركة بين المتعاقدين الاذن بجواز تصرف كل منهما في المال الذي تعاقدا على استرباحه وعدم الاحتياج فيه الى اذن مستقل من كل منهما للآخر ، وعدم الاكتفاء بذلك ، بل لابد من الاذن المستقل به - وجهين - بل قولين - وظاهر سيدنا المصنف - قدس سره - عدم تسليم كفاية عقدها للاذن حيث يقول : « وإن أراد كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف - الى أن يقول - : فقبه مسع أنه من اصله غير مسلم ... »

ولكن يمكن أن يقال : ان اشتراك المالكين في المال الواحد اذا كان مسبباً عن سببه المقتضى له من ارث أو اشتراء أو مزج - كما تقدم - وكان استحقاق كل من الشريكين من ربح المال المشترك ونمائه بنسبة حصة من المال مما يقتضيه الاشتراك في المال الواحد ، وكذا لو ورد التلف والخسارة عليهما بتلك النسبة :

فلو لم يكن لإنشاء عقد الشركة من المالكين كفاية في إذن كل منهما

= اصاحبه في التصرف بالمال المشترك بالتكسب به واستثنائه بالعمل فيه ، بل كان جواز التصرف محتاجاً الى اذن مستقل ، فأى أثر يمكن أن يكون مستفاداً من انشاء التعاقد والتعاقد بين الشريكين ؟

ومن هنا قال المحقق الثاني - قدس سره - في (جامع المقاصد) في مقام الاستدلال على كفاية عقد الشركة في الاذن وعدم الاحتياج الى اذن مستقل بأنه : « لولاه لزم لغوية الشركة » يعني العقدية :

وما ذكره بعض المعاصرين - في تعليقه على مكاسب الشيخ : من لزوم كون الفاظ العقود صريحة - عرفاً - في انشاء مضمونها ، ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة في إذن الشركاء في حصصهم لكي يكون انشاء الاذن فالالتزام بعدم ترتيب الفائدة على العقد أهون من ترتيب ما لا يكون أثراً له عرفاً - كما لا يخفى - انتهى .:

فيه : ان اعتبار صراحة الفاظ العقود في انشاء مضامينها أو كفاية الظهور العرفي في ذلك ، ولو كان حاصلاً بواسطة القرينة التي اشتمل العقد عليها أو الاعم من ذلك ومن القرينة الخارجية ، إنما هو في العقود اللازمة كالبيع والاجارة والنكاح - مثلاً - دون ما كان منها قوامه الاذن من كل من المتعاقدين للآخر في التصرف فيما هو له فان المناطق فيها حصول الاذن والرضا بذلك من أي لفظ استفيد ، ولا ريب في استفادة الاذن بجواز التصرف بالمال المشترك بين المتعاقدين من إنشاء التعاقد والتعاقد بينهما باسترباح المال بالتكسب به واستثنائه بالعمل فيه :

وبالجملة ، فالأظهر كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف وعدم الاحتياج الى اذن مستقل وفقاً للمحقق الثاني وكثير من الأصحاب على ما يظهر -

ج ١ وربما ينقض على القاعدة ايضاً بضمان عامل القراض العاجز عنه ٩٥

لا مدخلية لالغاء الشارع سببية العقد للشركة فيما ليس مجعولاً له من ظهور الالفاظ في مدالبها وكشفها عما في ضمير المتكلم فان كان العقد بلفظه أو بمعونة شاهد الحال كاشفاً عن تحقق الاذن ، كان كاشفاً - مطلقاً - الغاء أم أمضاه - وإلا ، فلا كذلك .

وربما يتوهم النقض أيضاً بعامل القراض اذا أخذ المال قراضاً ، وكان عاجزاً عنه ، مع جهل المالك به - بناء على فساد المضاربة - حينئذ - كما هو الاظهر ، وعليه شبخنا في (الجواهر) ، فانهم حكموا بضمان المال عليه - مطلقاً - أو على التفصيل المحرر في محله مع أنها مضاربة ، وصحبتها غير مضمون ، ففاسدها ينبغي أن يكون كذلك .

ويدفعه : أن الضمان - هنا - بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ، ولذا قال به من قال بصحة المضاربة - أيضاً - كما في (المسالك) وغيرها - لعدم المناقاة بين الضمان وصحة المضاربة ، كما لو عين المالك جهة خاصة ، وخالفها العامل ، فان المضاربة صحيحة ، والربح بينهما على الشرط :

منهم ، وان ظهر من سببنا الحال - قدس سره - عدم التسليم لذلك ، وفاقاً غيره :

هذا اذا لم يعين نحو التكسب والعمل بالمال المشترك عند التعاقد عليه بل اطلق واوكل الى ما يراه العامل مما فيه الربح ، والا فن الواضح عدم جواز التعدي عنه الا برضا الشريكين ، وكذا لو منع احدهما الآخر من تصرف خاص بعد التعاقد عليه ،

وعلى كل فالنقض غير وارد كما ذكر ذلك سببنا في المتن :

مع كون المال مضموناً عليه بالتعدي (١).

(١) الكلام في المسألة فسيما إذا كان رأس المال في المضاربة بمقدار يعجز العامل عن التجارة به ، وكان قادراً على التجارة ببعضه مع اشتراط المالك مباشرته في العمل بلا استعانة بالغير ، أو كان عاجزاً ولو مع الاستعانة بالغير ، والمسألة من ناحية صحة المضاربة وعدم صحتها ذات قولين ، والأظهر فسادها كما اختاره جماعة من أصحابنا ، حيث أنه يشترط في العامل في باب القراض أن يكون قادراً على العمل بمال القراض فمع عجزه لا تصح مضاربه ، كما لا يصح استيجاره على العمل إذا كان عاجزاً عنه ، وعليه فيكون ربح ما تجر به من بعض المال للمالك ، ولا نصيب للعامل فيه .

نعم له أجرة مثل علمه مع جهله بالبطلان بلا ريب .

أما مع علمه به (ففي) استحقاقه أجرة على عمله الذي استوفاه المالك منه بمضاربه مع عدم تبرعه به ، بل كان بذله بأزاء الحصة من الربح التي تههد بها المالك له على تقدير الحصول ، وقد حصل ، غايته أنه لا يستحقها - شرعاً - لفساد المضاربة بفقد شرطها ، وهو قدرة العامل على العمل بمجموع مال المضاربة ، وذلك لا يقتضي التبرع بالعمل ، ففقتضى قاعدة « ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده » استحقاقه أجرة المثل على عمله (أو عدم) الاستحقاق ، لأنه مع علمه بفساد المضاربة لعدم قدرته على العمل بمال القراض : وعدم استحقاق ما جعله المالك له من الربح شرعاً - يكون كالمتبرع بعمله ، واقدامه على بذله مجاناً :

وجهان : لا يبعد أن يكون أولها أوجه ، إذ لا يلزم من علمه بفساد المضاربة ، وعدم استحقاقه الربح شرعاً كونه متبرعاً بعمله ، فإنه لم يبذل للمالك بنجر (الحبان) بل بأزاء الحصة من الربح المجعولة له في العقد ، فعمله مضمون على المالك المستوفي له بمضاربه ، وفسادها - شرعاً - =

= لعدم قدرته على العمل بتمام مال المضاربة ، غابة ما يقتضي عدم استحقاقه .
 - شرعاً - الحصة من الربح المجمولة له في عقدتها ، لعدم استحقاق اجرة
 على ما قدر عليه من العمل بالبيع ، مع فرض عدم التبرع بعمله فيه ،
 وكونه مأذوناً في ذلك من المالك لجهله بعجزه كما هو المفروض :
 هذا ، بناء على ما استظهرناه من بطلان مضاربة من لم يقدر على العمل
 بمجموع مال المضاربة ، وان كان قادراً على العمل ببعضه - كما اختاره
 جماعة من الاصحاب - .

وربما يقرب - بل يختار الصحة - فيما قدر عليه من العمل في بعض
 مال المضاربة واستحقاق العامل الحصة من ربحه وقواه بعض
 السادة من العلماء المعاصرين طاب ثراه في تعليقته على هذه المسألة من (العروة الوثقى)
 واهل وجهه أن المعاملة على مجموع رأس المال بالتجارة فيه واسترباحه ، وان
 كانت واحدة ، لكنها لدى التحليل معاملة على كل جزء منه يمكن التجارة به
 واسترباحه بحصة من ربحه وفسادها بالنسبة الى ما كان خبر قادر على التجارة
 به ، لا يقتضي الفساد بالنسبة الى ما كان قادراً فيه من العمل ، فيصح ويستحق
 الحصة من ربحه .

وعلى كل فواء قلنا بأن العاجز عن العمل بمجموع مال المضاربة
 القادر على العمل في البعض تصبح مضاربه فيما قدر عليه من العمل ، ويستحق
 الحصة من ربحه أو قلنا بفسادها ، وعدم استحقاقه لها . فالعامل فيما قدر
 عليه ، لم يكن متبرعاً بعمله ، فان التبرع من لا ينبغي بعمله عوضاً ، وبمجرد
 علمه بفساد المضاربة على فرضه وعدم استحقاقه الحصة من الربح فيما عمل
 فيه شرعاً ، لم يكن هائياً على الالتزام بحكمه الشرعي ، لا يكون متبرعاً بعمله
 فيما تمكن منه من البعض .

ثم على ما استظهرناه : من فساد المضاربة (ففي) ضمان العامل لتلف المال الاعم علم المالك بالحال بعد مضاربته وانه عاجز عن العمل بنام المال (أو عدم) ضمانه - مطلقاً - . وعلى الضمان ، فهل يضمنه كله - لعدم التمييز به مع عدم الاذن في اخذه على هذا الوجه ، أو يضمن القدر الزائد لأن العجز يكون بسببه ، فيختص به ، أو التفصيل بين ما اذا اخذ الجميع - دفعة - فيضمن الكل ، وبين ما اذا اخذ اولاً بقدر مقدوره ، ثم اخذ الزائد ، ولم يمزجه بما اخذه أولاً - فيختص الضمان بالزائد . : وجوه ، وأقوال :

أقروا : عدم الضمان - مطلقاً - كما قواه شيخنا الاستاذ النائبي - رحمه الله - في (تعليقته على العروة الوثقى) - علم المالك بالحال أم لم يعلم ، اخذ المال كله دفعة أم اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد عليه ، مزجه مع الاول أم لم يمزجه - لأن يد العامل على المال يد استئمان ، وتسليط المالك له تسليط (بجان) فان دفعه اليه كان لاسترباحه واستئمانه ، لا لدفع شيء بأرائه :

وما وجه به سيدنا - قدس سره - الضمان بأنه بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ... الخ وحاصله : أن الأمين إنما لا يضمن اذا لم يتعد ، وهذا متعد ، فهو ضامن .

قابل للمناقشة ، فان التعدي الموجب لضيان الأمين ، هو تعديه عن الحدود والقيود التي عينها له المستأمن ، ففي مسألتنا : او عين له صاحب المال شراء متاع معين به ، فاشترى غيره ، أو منعه من السفر بحال المضاربة فسافر به ، او نحو ذلك مما يكون فيه العامل متجاوزاً ومتعدياً عما عينه وحدده صاحب المال ، فانه مع التجاوز يكون ضامناً بهلا اشكال ، لعدم اذن المالك بتصرفه في المال على الوجه المذكور ، وليس هو محل كلامنا =

.

بل هو ما اذا كان العامل عاجزاً عن العمل بجميع مال المضاربة وكان قادراً على العمل ببعضه ، وكان المالك جاهلاً بعجزه حين دفعه اليه واستثنائه عليه ، وعدم قدرته على العمل بالجميع المقتضي ، لفساد المعاملة بناء على ما استظهرناه لا يوجب انتفاء الاذن من المالك ، وكونه متعدياً بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه - كما يقول سيدنا - إذ الاذن من المالك حاصل - وجداناً - غايته كان مبنياً على ما تخيله من قدرة العامل على العمل بمجموعه والتجارة به غير الحاصل - حسب الفرض - . ومن هنا كانت المعاملة فاسدة .

ولكن الظاهر أن هذا يخلف من قبيل تخلف الداعي - غير الموجب لعدم الاذن في الاخذ - لامن قبيل تخلف العنوان .

والحاصل إن المدعى أن جهة قدرة العامل على العمل بمال المضاربة بالنسبة الى صحة المعاملة معه وعدم صحتها ، وإن كانت تقييدية واقعية ، فمضاربة القادر على العمل بمال المضاربة صحيحة ، وإن اعتقد المالك حين الشاء المعاملة عجزه عن العمل بمجموعه ، ومضاربة العاجز عن العمل بالمجموع فاسدة ، وإن اعتقد المالك قدرته على ذلك حين المعاملة معه .

ولكن هي - أي الجهة المذكورة - بالنسبة الى حصول الاذن من المالك في اخذ المال والتصرف فيه ، تحليلية اعتقادية ، فإن اعتقاد المالك قدرة العامل على العمل من قبيل الداعي لحصول الاذن منه الذي لا يضر تخلفه في واقع الأمر ، وأنه لو لا اعتقاده بقدرة العامل على العمل لما حصل الاذن منه ، فإن الاذن المذكور لا يرجع الى التقييد ليسكون مفاده : أنك - أيها العامل - مأذون بالتصرف والأعمال بالمال ان كنت قادراً ، وإلا =

وقد يتوهم النقص - أيضاً - باستعارة العين المغصوبة من الغاصب ، فانهم حكموا بالضمان في بعض صور تلف العين .
 وجملة صورها : هو أن يقال : إما أن يكون التلف في يد الغاصب المعبر (١) أو في يد المستعبر . وعلى التقديرين ، فتارة مع جهل المستعبر بالغصب ، والآخرى - مع العلم به . وعلى التقدير ، فإما أن تكون العارية مضمونة بالشرط ، أو كانت من الذهب والفضة ، أو لم تكن . وعلى التقدير كلها ، فإما أن يرجع المالك على الغاصب المعبر ، أو على المستعبر .
 وأما أحكامها ، فليعلم - أولاً - أن للمالك الرجوع على أي منهما شاء من غير فرق بين كون العين متلفة أو تالفة في يد المستعبر أو في يد المعبر (٢) لقاعدة تعاقب الأيدي (٣) . فإن رجع على المستعبر بالعين وما استوفاه من المنفعة (٤) . رجع المستعبر بها (٥) مع جهله بالغصب على المعبر ، أن

= فلست بمأذون ، حتى يضر تخلفه .

وبالجملة : فإنه لظير من اذن لشخص بالتناول من طعامه أو الدخول في داره معتقداً كونه صديقاً له ، وكان في الواقع عدواً له بحيث لو كان علماً بذلك لما أذن له ، فإن الظاهر جواز تناوله من ذلك الطعام أو دخوله في الدار ، اعتماداً على الاذن الحاصل من المالك بالتناول منه أو الدخول فيه ، فتأمل جيداً .

(١) بعد عودها الى المعبر من المستعبر .

(٢) يعني بعد عودها اليه - كما عرفت - .

(٣) المقنضية لضمان كل من الايدي المتعاقبة على مال الغير .

(٤) بمعنى أخذه عوضها منه .

(٥) أي بما أخذه المالك منه من بدل العين ، وبديل ما استوفاه من المنفعة .

لم تكن العارية مضمونة عليه (١) ولو كانت العين تالفه في يده (٢) لغروره (٣) ولكونها عارية منه (٤) وهي غير مضمونة بصحتها ، فلا تضمن بفاسدها أيضا (٥) ولا يعارضها قاعدة (قرار الضمان على من كان التلف في يده) لأنها فرع تحقق أصل الضمان المنفي بقاعدة (مالا يضمن) ضرورة أن مفادها نفي ما هو بمنزلة الموضوع لقاعدة القرار .

ومنه يظهر الوجه في عدم رجوع الغاصب المعبر على المستعير مع جهله ، إن رجع المالك عليه - مطلقاً - (٦) إلا إذا كانت العارية مضمونة على المستعير وكان التلف بيده ، فإنه يرجع عليه ببدل العين دون المنفعة لأنها عارية مضمونة وهي مضمونة بصحتها ، فتكون مضمونة بفاسدها أيضاً - ومنافعها غير مضمونة - مطلقاً - (٧).

(١) وأما إذا كانت مضمونة عليه فيرجع المستعير على المعبر بما أخذه المالك منه من بدل ما استوفاه من المنفعة أو الفاتحة تحت يده .

(٢) أي في يد المستعير :

(٣) بمقتضى النبوي المشهور : « المغرور يرجع فيما غرمه على من غره » :

(٤) أي من المعبر .

(٥) بناء على أن المورد مشمول للقاعدة المذكورة ، وأما بناء على ما سبق ،

من المصنف من عدم شمول القاعدة للمورد واختصاص ذلك بالعارية المستعارة من المالك ، فينحصر المدرك في عدم ضمانه بقاعدة الغرور .

(٦) يعني : إن المالك لو رجع على الغاصب المعبر بقيمة العين التالفة عند

المستعير وبفرض ما استوفاه من منفعتها مع جهله بكونها مضمونة ، لا يرجع بما غرمه للمالك على المستعير المفروض كونه مغروراً من قبله ، إذ لا معنى لرجوعه على من لو رجع المالك عليه بذلك رجع به عليه ، لكونه مغروراً من قبله .

(٧) سواء في ذلك العارية الصحيحة والفاسدة ، أما في الصحيحة فواضح =

هذا ، وفي (الشرائع) : جعل الوجه - مع جهل المستعير - اختصاص الضمان بالغاصب - عيناً ومنفعة ، تلفت في يده أو في يد المستعير - (١) وليس بوجبه ، لمخالفته الأخبار المنجزة (٢) وقاعدة (تغايب الأيدي) (٣) ولعل نظره - كما في المسالك - الى ضعف مباشرة المستعير بالغرور والسبب الغار أقوى (٤) لأماعله شبيخا في (إبلواهر) : بقاعدة (مالا يضمن ..) إذ لا عارية بين المستعير والمالك حتى يستند عدم تعلق الضمان له عليه الى قاعدة (مالا يضمن) ، نعم تجري القاعدة بين المستعير والمعير لتحقيق العارية بينهما .

= وأما في القاعدة فللنسلط عليها - مجازاً - بناء على أن التسليط المجاني عليها ، ولو كان من غير المالك ، لا يقتضي الضمان .

(١) ونص عبارته - كما في كتاب العارية ، الفصل الأول - : « ... ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب ، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ، ويرجع على الغاصب ، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب - حسب - وكذا لو تلفت العين في يد المستعير » :

(٢) المراد بها : ما في المرسَل : « عن علي - عليه السلام - ، وخبر اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله وأبي إبراهيم - عليهما السلام - : « إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكتك ، فالمستعير ضامن » :

(٣) على مال الغير بغير استحقاق ، فانها تفتضي ضمان الكل للمالك ، نعم المغرور يرجع بما غرمه للمالك على غارته .

(٤) قال في (المسالك - كتاب العارية ، تحت عنوان قول الحق (ولو استعار ...) : « ... ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور فضممت مباشرته ، فكان السبب الغار أقوى » .

فمن الغريب نسبته الغرابة الى (المسالك) حيث قال : « اللهم إلا أن يقال ان قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) تقتضي ذلك ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان ، لا ما في (المسالك) من الأول ، فمن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام ، حتى استدل بجزء الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة ، مع إنكاره على المصنف الحكم بعدم الضمان ، انتهى (١)

(١) راجع : كتاب العارية من (كتاب مناجر الجواهر) - في شرح قول المحقق - : « وكذا لو تلفت العين في يد المستعير ... » . ثم إن الكلام في وجه ما اختاره المحقق : من اختصاص الضمان في العين المفصولة من المالك ، المستعارة لمن جهل بعصبيتها - بالغاصب وعدم ضمان المستعير لها عبثاً ، ومنفعة ما استوفاه المستعير منها وما قانت تحت يده ، وما ذكره (صاحب الجواهر - رحمه الله -) : من توجيهه بقوله : « اللهم إلا أن يقال : ان قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) تقتضي ذلك ، ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان » انتهى :

غير واضح ، إذ الكلام في وجه عدم ضمان المستعير للمالك العين لو رجع عليه بقيمتها بعد التلف ، وبعرض ما استوفاه من منفعتها أو فات تحت يده ، واحتصاص ذلك بالغاصب ، ولا عارية بين المالك والمستعير ، لتكون قاعدة (ما لا يضمن) مقتضية لعدم ضمانه له . نعم ، العارية بين المعير والمستعير ولا كلام في عدم ضمانه له لو رجع المالك على المعير بعرض ما تلف في يد المستعير ، ومنفعتاتها الفاتحة أو المستوفاة له ، ما لم تكن عارية مضمونة ، فله الرجوع عليه بما غرمه للمالك : من قيمة العين دون منفعتها .

وبالجملة ، لم يتضح ما وجهه في (الجواهر) بما عرفت : =

= كما أن ما وجه به الشهيد في (المسالك) ما اختاره المحقق - رحمه الله - بقوله : « ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور ، فضعفت مباشرته فكان السبب الغار أقوى » انتهى :

لم يتضح - أيضاً - فإن قاعدة أقوائية السبب من المباشر واختصاص الضمان بالسبب ، موردها ما إذا كان استناد تلف المال أو النفس الموجب للضمان إلى السبب - عرفاً - ولا ينظر إلى دخول المباشر فيه ، نظير من أعطى سكيناً لطفل غير مميز فجرح نفسه ، أو فتح باب الحبس عن مفترس فخرج وافترس إنساناً أو حيواناً ، أو حفر بئراً في عمر من الناس ولم يتخذ لها حافطاً وواقياً ، فسقط فيها إنسان لا يبصر ، أو زاحه حيوان فوقع فيها ، أو أجتج ناراً في عاصف من الريح ، ولم يتخذ لها واقياً ، فاحترق بها مال للغير ، ونحو ذلك مما يكون استناد التلف فيه إلى السبب - عرفاً - ففي جميع ذلك ونظائره صبح أن يقال : السبب أقوى من المباشر ، واختص الضمان به .

أما في مثل ما نحن فيه مما كان سبب الضمان فيه استيلاء غير المستحق على مال الغير - وقد أخذه ممن سبقه - في عدم الاستحقاق ، غاية الأمر أن السابق عالم بعدم استحقاقه ، والآخذ منه جاهل به ، فكون ذلك من موارد القاعدة المذكورة ، غير واضح ، نعم هو من موارد قاعدة (الغرور) وليس مفادها عدم ضمان المغرور واختصاص الغاربه ، بل رجوعه على من غره بما خسره لملك العين الثالثة عند رجوعه عليه وأخذه منه ، فهو ضامن كالسابق الغار ، ولكنه يرجع بغرامته عليه بمقتضى النبوي المشهور : « المغرور يرجع بما غرره على من غره » .

فإن مورد إجرائها في (المالك) بين المستعير والغاصب المعبر
وهو مجراها ، لتحقيق العارية بينهما ، ولا مورد لجرياتها بين المالك والمستعير
الذي لا عارية بينهما حتى يصلح أن يجعله مدركاً للحكم .

هذا كله مع جهل المستعير بالغصب ، وأما مع علمه به ، فهو ضامن
للعين والمنفعة ، وقرار الضمان عليه لو تلفت في يده ، ولعله مورد توهم
نقض القاعدة به ، لكونها مضمونة - حينئذ - من غير خلاف ، مع كونها
غير مضمونة بصحتها ، ولا مدخاية للعلم والجهل إلا في الأثم وعدمه
دون الأحكام الوضعية من الضمانات وعدمها .

والكنه توهم فاسد ، لأن المستعير لعلمه بالغصب علم بكونها مضمونة
عليه - شرعاً - ولو للمالك ، فهو كعارية الذهب والفضة - المضمونة شرعاً
لابشرط من المعبر ، فهو لإقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحتها
فهي مضمونة بفاسدها - فتأمل (١) .

(١) قد يقال : إن وجه ضمان المستعير للعين من الغاصب إذا كان عالماً
بغصبيتها ، إنما هو قاعدة تعاقب الأيدي على مال الغير عدواناً ، فانه أعلمه بالغصب
بكونه غاصباً كالمعبر ، فيضمن للمالك العين والمنفعة - مطلقاً .
وليس الوجه في ذلك كونها عارية مضمونة كعارية الذهب والفضة ، فهو
إقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحتها ، فهي مضمونة بفاسدها ،
كما يقول سيدنا - قدس سره - فإن عارية الذهب والفضة إنما يكون المضمون فيها
للمالك نفس العين دون المنفعة - أيضاً - مضافاً إلى أن عارية الذهب والفضة يضمنها
المستعير للمالك والمعبر على البذل ، بمعنى أن المالك لو رجع ببذل العين النافعة على
المستعير خسر له ، ولو رجع على الغاصب المعبر وأخذ البذل منه خسر
المستعير له - أيضاً - فهو مقدم على ضمان العين وبذلها على البذل ، وهذا بخلاف
المستعير من الغاصب العالم بكونه غاصباً ، فإن ضمانه للمالك لو رجع عليه يبذل =

ثم إن ما ذكرنا جرياً على مذاق من أجرى قاعدة العارية بين المستعير والغاصب المعير في الرجوع وعدمه في بعض صور المسألة ، وإلا فيمكن أن يقال بخروج عارية الغصب عن مجرى قواعد العارية وأحكامها ، وإن كانت بصورة العارية .

وما تقدم في بعض صور المسألة من الرجوع وعدمه بين المستعير والغاصب المعير ، فإنما هو للغرور ، لا لكونها عارية تتمسك فيها بقاعدة « مالا يضمن » فإن العارية التي تجري فيها قواعدها - وكذا الودعة ونحو ذلك من العناوين - هي الطارئة على أخذ المال من المالك لا مطلق الأخذ وإن كان من غيره :

ومما يمكن أن يورد على الكليسة الإيجابية : النقص بالبيع من السفه الضجر عليه ، لو تلف المبيع في يده مع كون القبض باذن البائع ، فإنه حكم غير واحد - كالعلامة في القواعد ، والمحقق في الشرائع ، وثاني الشهيدين والمحققين في المسالك ، وجامع المقاصد - بفساد البيع ، وعدم تعلق الضمان

= العين الثالفة بالاشكال ، وأما ضمانه للغاصب المعير لو رجع عليه المالك ببطل العين الثالفة وخسارته البطل له ، فهو لا يخلو عن الاشكال ، فإن علمه بالغصب غاية ما يقتضي كونه ضامناً للمالك العين الثالفة وعدم رجوعه بما خسره له على المعير لعدم كونه مغروراً منه كالجاهل بالغصبية .

وأما ضمانه للمعير بدل العين الثالفة لو رجع المالك عليه وأخذ البطل منه فهو مشكل ، إذ هو قادم على ضمان العين للمالك أو رجع عليه ببطلها ، لأعلى ضمان بطلها للمعير أو رجع عليه المالك وأخذ البطل منه ، لما ذكرناه من جريان قاعدة العارية بين المعير والغاصب وبين المستعير منه ، وأنه غير مقدم على الضمان له ما خسره للمالك : ولعل ما ذكرنا هو الوجه في تأمل سيدنا المصنف - قدس سره - .

ج ١ الجواب عن النقض على القاعدة بالبيع من السفيه لو تلف المبيع في يده ١٠٧

بالسفيه ، وإن فك حجره (١) فالمبيع - هنا - غير مضمون مع كون صحيحه مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .
واطلاق كلام المحقق ، وصريح الباين : عدم الفرق بين صورتي العلم والجهل بالسفه .

قلت : لا يتم النقض به مع علم البائع بذلك لأنه - حيث أنه - مقدم على تلف ماله ، ومضيق له ، ومسقط لاحترامه .

نعم يتوجه النقض به منع جهله ، وإن عاينه في (المسالك) و (جامع المقاصد) بما يرجع محصله إلى تفصيل البائع معه بعدم اختبار حاله . وعلمه بثبوت العوض المبذول له .

وفيه : منع التفصيل ، واكروم الاختبار مع جريان إصاله الصحة والسلامة ، فإنه أصل موضوعي عليه بناء العقلاء ، والسيرة القطعية في معاملاتهم .

(١) ففي كتاب الحجر من (قواعد العلامة - الفصل الثاني في الجنون والسفيه) :
« .. فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل ، ويسترد البائع سلعته إن وجدها ، وإلا فهي ضائعة إن قبضها بأذنه عالماً كان البائع أو جاهلاً » .

وفي (شرائع المحقق - كتاب الحجر ، الفصل الثاني في أحكام الحجر) :
« المسألة الثانية - إذا حجر عليه ، فبايعه إنسان كان البيع باطلاً ، فإن كان المبيع موجوداً استعاد البائع ، وإن تلف وقبضه بأذن صاحبه كان تالفاً وإن فك حجره »
وفي (مسالك الشهيد الثاني) - في التعليق على قول المحقق الآنف « إذا حجر عليه ... » : « ... لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين من بايعه عالماً بحاله وجاهلاً ، لأن البيع في نفسه باطل ، فله الرجوع في ماله متى وجده ، وأما إذا تلف فلا بخلافه ؛ إما أن يكون قد قبضه بأذن صاحبه أو بغير إذنه ، وعلى التقديرين إما أن يكون البائع عالماً أو جاهلاً ، فإن كان قبضه بأذن صاحبه كان تالفاً عليه لأنه سلط على إنلافه مع كونه سفهياً ، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض ... » .

اللهم الا أن يمنع بناء العقلاء على التمسك به في مقروض المسألة من العلم بأصل الحجر ، والجهل بالسبب إن لم تقل بينائهم على التوقف في نحو ذلك حتى يحرزوا سببه ، لو أرادوا المعاملة معهم ، فما علاه من التقصير في الاختبار لا يخلو من وجه .

وعلى كل حال ، لا يكون نقضاً للقاعدة : إما بدعوى الضمان في صورة الجهل ، أو لوجود المسقط له من قاعدة التسليط ، ان قلنا بتقصيره في الاختبار .

وربما يتوهم النقض أيضاً بما لو باع بلا عوض أو آجر بلا أجرة بأن قال : بعثك الدار بلا عوض أو آجرتك بلا أجرة ، فمن الشهيدين في ثانيهما : عدم الضمان مع كون صحيح البيع والجاراة مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

وفيه : ان عدم الضمان فيها لعله مبني على ظهور لإرادة التملك المجاني كالمهبة ونحوها من لفظ (بعث) أو (آجرت) بقرينة قوله « بلا عوض » أو « بلا أجرة » ، وحينئذ فان لم نعتبر في صحة ذلك لفظاً خاصاً أو صيغة خاصة كانت مهبة صحيحة ، وهي غير مضمونة ، وإلا كانت مهبة فاسدة ، وهي غير مضمونة أيضاً لأن صحيحها غير مضمون ففاسدها كذلك نعم يحتمل أن يكون المراد من ذلك : نفس البيع لصراحة اللفظ (بعث) - مثلاً - فيه ، وكون العوضية مأخوذة في حقيقته ، فأرادته مع إرادة عدم العوضية من الجمع بين المتضادين ، وهو محال ، فلا بد من صرف اللفظ (بعث) عن ظاهره بحمله على ما لا يناهض المجانية كالمهبة ونحوها .

وفيه : إن محالية إرادة المتضادين بمعنى إنشائها مسلم ، إن أراد المعنى الصحيح الشرعي المأخوذ فيه العوضية من البيع الفاسد ، لعدم العوض

بخلاف ما لو أراد تنزيل هذا البيع منزلة البيع الصحيح ، وأنه من أفراده بالادعاء ، فيكون لفظ البيع مستعملاً في معناه الحقيقي ويكون من الاستعارة والمجاز في النسبة ، نحو : زيد أسد . أى : فرد منه بالادعاء ، ومنه إطلاق العين على الربيعة . ومن هذا الباب : التشريع الذي مرجعه في الحقيقة - إلى تنزيل مخترعائه منزلة مخترعات الشارح ، وأنه منه بالادعاء ، لأنه من أفراد - حقيقة - فتأمل : وعليه ، فالأقوى الضمان ، لأنه بيع فاسد أو إجارة فاسدة ، وصحبهما مضنون ففاسدهما كذلك (١)

ولا يتوهم سقوطه - مع ذلك - بتسايط البائع له على ماله - مجازاً - لأن ذلك كان بعنوان البيعية ، والحلية - هنا - تقييدية ، لا تعليلية ، فيقتضي التقيد بانتفاء جهته التقييدية ، فيبقى عموم « على اليد » قاعدة الاحترام ، سليمين عن المسقط .

وبالجملة لا إشكال في حكم القضية بعد تشخيص المراد منها ، إنما الإشكال والتأمل في ظهور هذا العقد الصادر من البائع في أي الاحتمالين حتى يترتب عليه حكمه وإصالة الصحة لامتدخية لها في ظواهر الالفاظ المتبعة في كشفها عن المراد (٢) .

(١) هذا مبني على أن مفاد القاعدة : أن كل صنف من العقود يكون فرداً الصحيح موجباً للضمان ، فالفرد الفاسد منه كذلك أيضاً ، وأما بناء على ما قرأناه واخترناه من أن مفادها أن كل شخص من العقد لو فرض كونه صحيحاً وكان على الفرض - منشأ للضمان ، فهو كذلك في فرض فساده وما لم يكن - على تقدير صحته فيه الضمان - فلا ضمان فيه في فرض فساده . فالأقوى عدم الضمان فيه . لأن شخص هذا العقد - بناء على كونه بيعاً فاسداً - لو فرض صحته لا ضمان فيه .

(٢) ثم إنه ربما يورد على عكس القضية بضمان العين المستأجرة على المستأجر بالإجارة الفاسدة مع عدم ضمانها في الإجارة الصحيحة ، وهو =

= منافع لفضية « مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

أقول : لا ريب في عدم ضمان المستأجر للعين المستأجرة بالاجارة الصحيحة ، وإنما الكلام في ضمانها في الاجارة الفاسدة ، وهو محل خلاف بين علمائنا - قدس الله أسرارهم - وربما ينسب كل فريق ما اختاره من الضمان أو عدمه الى المشهور ، والظاهر : أن هذا الخلاف يبتني على الخلاف في صحة شرط ضمان العين المستأجرة على المستأجر ، وعدم صحته : فمن قال بصحة الشرط قال بضمن العين في الاجارة الفاسدة ومن قال بعدم صحة الشرط قال بعدم الضمان .

فتقول : الظاهر هو القول بالتفصيل في صحة الشرط وعدم صحته . بيان ذلك : إن عقد الاجارة : إما ينشأ به تملك منفعة عين بعوض أو ينشأ به تملك عمل بعوض . ثم العمل : إما أن يكون من حر ، أو من غيره ، إنساناً كان أو حيواناً .

أما في صورة كون المملوك بها العمل ، فلا يتوقف استيفاء المستأجر مملكته بها أن تكون العين الصادر منها العمل تحت يده ، بل لا يتصور ذلك في الحر بناءً على ما هو المشهور : من أنه لا يكون تحت اليد ، وإذا لم يحكم على حابسه بضمن منافعه الفائتة مدة الحبس ، وإن حكم بضمن منافعه المستوفاة بملاك الاستيفاء والانلاف الذي ليس هو محل الكلام في القاعدة فإن موردها ما يضمن بضمن اليد مما لا يضمن به ، بخلاف استيفاء عمل غير الحر كالعبد والدابة ، فإنه يمكن حصول ما ملكه المستأجر من العمل حال كون العبد أو الدابة تحت يده ، كما يمكن حصول ذلك حال كونها تحت يد المالك الموجر ، فانفق المستأجر بما ملكه من العمل لا يتوقف على كون العين المستأجرة تحت يده .

وأما لو كان المملوك بعقد الاجارة منافع الأعيان ، كاجارة المساكن والخوانيت - مثلاً - فإنه لا يمكن استيفاء المستأجر ماملكه من منفعة المسكن والخوانوت الا بكونها تحت يده ، وتسليط المالك المؤجر لها المستأجر على العين ليستوفي ماملكه من المنفعة بعقد الاجارة .

إذا تبين ذلك ، فنقول : أما في إجارة الحر نفسه للعمل ، فلا معنى لشرط ضمان العين مع فرض عدم امكان كونه تحت اليد : وأما في إجارة العبد للخدمة أو الدابة لحمل المتاع - مثلاً - فحيث يمكن استيفاء منفعتها بكل من النحويين كونها تحت يد المؤجر أو تحت يد المستأجر ، فلا يملك المستأجر باستيجاره كونها تحت يده لكي يكون المؤجر ملزماً بتسليمه لها وتسليطه عليها مدة الاجارة .

وعليه ، فيصح له - حين العقد - اشراط ضمانها عند تسليم المستأجر وانقاعه بها حال كونها تحت يده إذا لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بل لاطلاقه ولا بأس به . وأما إجارة الدار والخوانوت - مثلاً - فحيث لا يمكن حصول المنفعة للمستأجر إلا بكون العين المستأجرة تحت يده ، فعقد الإجارة المنشأ به تمليك المنفعة للمستأجر يقتضي تسليطه على العين لأن تسليم المنفعة التي ملكها المستأجر بعقدها في هذا القسم متوقف على تسليم المؤجر العين اليه ، وتسليطه عليها ليستوفي منها ماملكه ، فالعقد - هنا - كما اقتضى تمليك منفعة الدار - مثلاً - بالأجرة ، اقتضى أيضاً تسليم العين للمستأجر وتسليطه عليها - مجاناً - ليستوفي منها المنفعة ، وبعبارة أوضح ، فإن المستأجر في القسم المذكور استحق بعقد الاجارة المنفعة بالاجارة مدة الاجارة وكون العين تحت يده في تلك المدة - مجاناً - فتضمنه بالعين بالشرط يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ، فيبطل .

والحاصل ، المدعى أن الاجارة لا تختلف حقيقتها باختلاف أفرادها بل هي حقيقة واحدة في الجميع وهو تملك المنفعة - بالعوض في قبالة البيع الذي هو تملك العين بالعوض ، ومنفعة كل شيء بحسبه ، فنفعة الحر عمله ومنفعة العبد خدمته ، ومنفعة الدابة حمل المناع أو الركوب عليها ، ومنفعة الدار السكنى فيها ، وهكذا . والمضمون بعقد الاجارة بالعوض هو المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد ، وأما العين المستأجرة فنفس العقد لا يقتضي تضمينها ، وإن أمكن اشتراط ضمانها بالنسبة الى بعض أفرادها ، وصياني بيانسه .

وأما من جهة تسلط المالك للمنفعة على العين ليستوفي ماملكه بعقد الاجارة ، فبالنسبة الى مالا يمكن ويتصور فيه ذلك ، كاجارة الحر نفسه للعمل ، بناء على المشهور من عدم دخوله تحت اليد ، فليس محلاً للكلام وأما بالنسبة الى ما يمكن فيه ذلك كسائر موارد الاجارة ، فلا يتوقف استيفاء المستأجر ماملكه بالعقد من المنفعة وانتفاعه بها على كون العين المستأجرة تحت يده مدة الاجارة ، ولا يمكن حصولها بغير ذلك كاجارة المساكن والحواليت ونظائرها فعقد الاجارة كما يقتضي تضمين المستأجر المنفعة بعرضها كذلك يقتضي تسلطه على العين مدة الاجارة - مجاناً - وعدم تضمينه لها . وعليه فيكون اشتراط ضمانها مخالفاً لمقتضى العقد فيبطل . وأما ما سوى ذلك من موارد الاجارة مما لا يتوقف استيفاء المستأجر وانتفاعه بما ملكه على كون العين تحت يده ، بل يمكن فيه ذلك ، وهي في يد المالك المؤجر - أيضاً - فعقد الاجارة بالنسبة الى التسلط على العين وكونها تحت يد المستأجر لا اقتضاء ، فيصح للمؤجر أن يشترط على المستأجر في متن العقد ضمانها عند تسلمها :

إذا عرفت ذلك ، وظهر لك ما يصبح فيه اشتراط ضمان العين المستأجرة مما لا يصبح فيه ذلك ، يتضح لديك أن يد المستأجر على العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة لا تكون مقتضية للضمان مطلقاً ، ولا غير مقتضية كذلك بل الأظهر التفصيل بين ما يصبح فيه اشتراط الضمان في صحيح العقد ، فيضمن في فاسده العين المقبوضة ، وبين ما لا يصبح فيه اشتراط ضمانها في الصحيح فلا يضمنها في العقد الفاسد .

بيان ذلك : إن في مثل إجارة الدار والحائز مما يكون صحيح عقد الاجارة مقتضياً لضمان المنفعة وعدم ضمان العين المستأجرة تحت يد المستأجر فإن المنفعة تكون مضمونة في فاسدها بحكم اصل قاعدة « ما يضمن بصاحبه يضمن بفاسده » والعين المستأجرة لا تكون مضمونة بحكم عكس القاعدة . وأما ما لا يكون العقد الصحيح فيه مقتضياً لعدم ضمان العين المستأجرة بل يكون العقد بالنسبة اليه (لا إقتضاء) كما في إجارة العبد للخدمة ، والدابة لحمل المتاع - مثلاً - ونظائرهما مما لا يكون استيفاء المنفعة متوقفاً على كون العين المستأجرة تحت يد المستأجر مدة الاجارة - كما ذكرنا - فعدم ضمان العين في الصحيح لكونها أمانة الكبيسة مأخوذاً فيها شرعاً ، ولم بشرط المالك ضمانها ، واكتفاء في الفاسد شرعاً حيث ان يد الفايض لها من غير استحقاق شرعي ، فيضمنها ومما ذكرنا من أن مناط صحة اشتراط ضمانه العين المستأجرة على المستأجر وعدم صحته هو توقف استيفاء المنفعة على كون العين تحت يده وعدم التوقف على ذلك : يظهر أن من استأجر غيره لعمل في ملكه كما أو استأجره لحياطة ثوبه - مثلاً - وكان استيفاء العمل من الأجير غير متوقف على كون الثوب تحت يده واستيلائه ، بل يمكن حصوله مسع كونه تحت يد استيلاء المستأجر المالك للثوب - مثلاً - وحينئذ ، فيصح =

ثم إن بعض المحققين من المعاصرين نسب إلى الشيخ في (المبسوط) التمسك لعدم ضمان فاسد عقد لا يضمن بصحيحه ، بالأولوية ، مستشعراً ذلك من كلمة (فكيف) في عبارته ، حيث قال - معللاً بعدم الضمان في المسألة المتقدمة من الرهن المشروط بكونه مبيعاً بعد انقضاء الأجل - « لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه ، فكيف فاسده » وحاصله : إن سبب الضمان إما إقدام المالك عليه ، أو حكم الشارع واندماؤه لما أقدم عليه وكلاهما منفي في الرهن الفاسد ، ووجه الأولوية إمكان دعوى عدم ضمان عقد فاسد يضمن بصحيحه لانتفاء السبب المارجب له من الحكم بصحة ما أقدم عليه من الضمان الخاص - شرعاً - بعد أن كان وجود العقد الفاسد كعدمه ، ولا إقدام على غيره - كما عرفت سابقاً - فإذا كان ما يضمن بصحيحه يمكن أن لا يكون مضموناً بفاسده ، فما لا يضمن بصحيحه كالرهن بطريق أولى لا يضمن بفاسده .

== للمستأجر في ضمن العقد اشتراط ضمان الثوب على الأجير عند تسليمه إليه لاستيفاء ماملكه منه بعقد الاجارة من خياطته .

وعلى كل ، فسواء قلنا : إن العين المستأجرة تضمن في فاسد الاجارة أم قلنا إنها لا تضمن ، فلا يرد النقض في القضية السلبية :
أما لو اخترنا عدم الضمان ، فذلك واضح ، ولو اخترنا الضمان ، فلا نقض - أيضاً - لما ذكرنا من أن القاعدة - أصلاً وعكساً - ليست في مقام بيان كل ما يضمن في العقد الفاسد مما لا يضمن فيه ، وإنما هي لتمييز ما يضمن فيه مورد العقد ، ومصبه مما لا يضمن فيه ذلك ، ومصب العقد في الاجارة هو المنفعة وهي مضمونة في الصحيح والفاسد ، فيرجع في العين المستأجرة إلى (قاعدة اليد) وهي مقتضية لثباتها في الفاسد في مورد عدم اقتضاء صحيح العقد مجانبتها - فتأمل تعرف .

وفيه - مع إمكان أن يقال : إن صحة عقد الرهن والاجارة المستلزمين لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً ، بل وسائر مالا يضمن بصحيحه مؤثرة في عدم الضمان ، وبعبارة أخرى : السبب في عدم الضمان هو إمضاء الشارع لما أقدم عليه المالك من التسليط المجاني ، بخلاف الفاسد منه ، لانقضاء السبب ولو بانتفاء جزئه ، فلا أولوية في المقام :

أن ذلك مبني على إرادة الأولوية من كلمة (كيف) ويحتمل لإرادته التعجب منها ، دون الأولوية ، ومنشأه توهم الفرق بين صحيح مالا يضمن وفاسده في الضمان ، وعدمه ، مع اشتراكها في عدم علة الضمان أو علة عدمه ، لأن علة الضمان : إما لإقدام المالك ، أو حكم الشارع به ، أو المركب منها ، والكل منتفٍ في صحيح مالا يضمن ، فكذا في فاسده ، بعد أن كان وجود العقد كعدمه ، والاشتراك في العلة يستلزم الاتحاد في الحكم وبعد أن كان صحيح الرهن - مثلاً - لا يضمن ، فكيف فاسده ، فالفرق بين صحيح الرهن وفاسده مورد التعجب .

هذا ما حضرني من النقوض التي ربما يتوهم ورودها على القاعدة بكتابتها : الإيجابية والسلبية ، وقد عرفت عدم تماميتها . مع أنه لو فرض تخلفها في بعض الموارد لدليل خاص لا ينافي تأسيدها الموجب للتمسك بها في موارد الشك ، وإن هي إلا كالعام المخصص ، وليست هي من القواعد العقلية الآبية عن التخصيص ، مع أن النقض إنما يتحقق بما إذا كان ماخالف القاعدة من المنفق عليه والمسلمات عندهم ، لا فتوى شرذمة منهم وأما الإشكالان :

فالأول منها - إن فاسد عقود المعاوضات إذا كان الفساد من جهة لفظه ، لم لا تكون مضمونة بالمسمى كصحيحها بالمعاطاة ، بعد أن كان وجود العقد لفساده كعدمه :

والجواب عنه : إن المعاطاة يعتبر فيها غير اللفظ ما يعتبر في العقود التي منها قصد التمليك بالإيجاب والقبول الفعلين كالعقود المعتبر فيها قصد التمليك بالإيجاب والقبول اللفظيين ، فالقبض والاقباض في المعاطاة يقصد بهما التمليك والتملك ، وفي العقود يترتبان على ما قصد التمليك به من العقد فالعقد الفاسد قصد التمليك به ، لا بما يترتب عليه من القبض والاقباض فما قصد به التمليك من العقد لم يقع ، وما وقع من القبض والاقباض لم يقصد بهما التمليك ، فلم يقع عقد ولا معاطاة ، فلا تكون مضمونة إلا بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة :

والثاني - إن إطلاق كلامهم في الكلية الإيجابية يشمل صورة علم البائع مع جهل المشتري ، وحينئذ يقتضي سقوط الضمان للغرور : وفيه : - مع أنه غير مطرد إلا إذا استلزم غرامة البدل الواقعي زيادة الضرر على المسمى - أنه لا غرور من البائع حتى يوجب عدم ضمان ماله وسقوط احترامه ، وجهل المشتري لتقصيره في تعليم الأحكام الشرعية غير موجب لسقوط الضمان عنه :

رِسَالَةٌ

فِي الْقَبْضِ وَحَقِيقَتِهِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : لما كان جملة عقود المعاوضات وشطر من الخيارات كالرهن والوقوف والهبات ، يعتبر القبض فيما يترب عليها من الأحكام ، كان التعرض لمعناه من المهمات ، حيث يترب عليه كثير من الثمرات .
 للقول فنقول - وبالله المستعان - : القبض - لغة - هو الأخذ والتناول باليد واختلفت عبارات الفقهاء فيما يراد منه في المنقول - بعد اتفاقهم على كفاية التخلية في غيره - والجمود على ظواهرها ينهيه إلى أقوال ثمانية :
 القول الأول - كفاية التخلية فيه - مطلقاً - في المنقول وغيره ، صرح به في (الشرائع) (١) و (مختصر النافع) (٢) وهو المحكي عن (كاشف الرموز) (٣) ونسبه في (الإيضاح) إلى بعض المتقدمين (٤)

- (١) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في أحكام العقود النظر الثالث في التسليم - طبع إيران . -
 (٢) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في لواحق البيع الثالث في القبض ج ١ ص ١٢٤ طبع دار الكتاب العربي بمصر .
 (٣) صاحب (كشف الرموز) هو الحسن ابن أبي طالب البوسفي الآبي . وكتابه (كشف الرموز) هو شرح رموز كتاب أستاذه المحقق الحلي (المختصر النافع) والكتاب من نفائس المخطوطات ، فرغ من تأليفه سنة ٦٧٢ هـ (راجع - عن الكتاب ومؤلفه : رجال السيد بحر العلوم ج ٢ ص ١٧٩ - ١٨٠) ؛
 (٤) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ، لفخر المحققين محمد بن الحسن =

وحجتهم - على ما قبل - : لزوم الاشتراك أو المجاز لو أريد غيرها في المنقول ، بعد الاجماع - بل الاتفاق - على إرادتها في غيره ، والمراد بها رفع اليد وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه .

القول الثاني - التخلية في غير المنقول كالعقار والدور ، وفي المنقول نقله أي نقل المشتري له ، لأنه الكاشف عن السلطنة والاستيلاء عليه ، والمتحقق به قبضه دون البائع ، إختاره الشيخ - رحمه الله - في (الخلاف) (١) وابن خريس في (السرائر) - على ما حكى عنه ، وابن زهرة في (الغنية) مدعياً عليه الاجماع (٢) والشهيدان في (اللعة والروضة) (٣) وغيرهم . ودليلهم عليه - بعد الاجماع المعتضد بالشهرة المحكية - في الجملة - :

فهم العرف ، لأنه المرجع فيما لم يرد في تعريفه نص من الشرع .
القول الثالث - كالثاني - في تحقق قبض المنقول بنقله ، للصدق العرفي إلا في خصوص المكبل والموزون ، فقبضه كيانه أو وزنه معيناً ، لصحبة معاوية بن وهب ، قال : « سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه ؟ فقال : ما لم يكن كيلاً أو وزن ، فلا تبعه »
= ابن العلامة الحلبي المتوفي سنة ٧٧١ هـ وهو شرح مفصل لقواعد والده العلامة - طاب ثراهما - والكتاب من لفائس المخطوطات .

(١) الجزء الأول : كتاب البيع - مسألة (١٥٩) طبع طهران سنة ١٣٧٧ هـ
(٢) كتاب الغنية لابن زهرة مطبوع في آخر المجلد الثاني من كتاب جوامع الفقه . قال - رحمه الله - في كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الأحكام : « ... والقبض فيما لا يمكن نقله كالأرضين : التخلية ورفع الحظر وكذا حكم ما يمكن ذلك فيه مما ينصل بها من الشجر ونحوه المتصل به والبناء وفيما عدا ذلك التحويل والنقل كل ذلك بدليل إجماع الطائفة » .

(٣) راجع : ج ١ كتاب البيع ، الفصل العاشر في الأحكام ، الثاني في القبض ..

ج ١ الاشكال على القول الثالث في قبض المنقول والمكيل والموزون ١٢١

إلا أن تكيله أو تزنه إلا أن تولاه الذي قام عليه « (١) وصحيفة الحلبي
عن أبي عبد الله عليه السلام : « إنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه
قبل أن يكال ؟ قال : لا يصلح له ذلك » (٢) حيث علق فيها جواز بيع
المبيع على المكيل أو الموزن ، سبباً مع وقوع الأولى في جواب السائل عن
بيع مالم يقبض أو يكال ، وليس إلا لكونها قبضاً في المكيل والموزن :
ذهب إلى هذا القول جماعة ، بل نسبه بعضهم إلى المشهور .
وفيه : إن اعتبار الكيل والوزن : أن كان لكونها قبضاً في المكيل
والموزن .

فيدفعه : أنها يصدران - غالباً - من البائع في مقام الإقباض
والتسليم ، والقبض والتسلم فعل المشتري ، فكيف يكون ماعو فعل البائع
فعلاً للمشتري ؟ فلا أقل من القول بالتفصيل بين مالم يصدر من البائع
أو المشتري في مقام التسلم والقبض ، ومنه يظهر وجه الاشكال في جعل
التخلية - التي قد عرفت معناها - قبضاً - مطلقاً - أو في غير المنقول الذي
ادعي الاتفاق عليه فيه (٣).

(١ - ٢) راجع : كتاب رسائل الشيعة للحر العاملي : كتاب التجارة ، أبواب
العقود ، باب جواز بيع المبيع قبل قبضه - الأول - حديث رقم ١١ ، والثاني حديث
رقم ٥ طبع الإسلامية طهران .

(٣) كما هو مفاد القول الأول والثاني الآنفين - من أن المراد بها رفع اليد
وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه ، فإنها بالمعنى المذكور من فعل البائع
لا من فعل المشتري : فلا يصح تفسير القبض الذي هو فعل المشتري بها - حينئذ -
ولكن يمكن رفع الاشكال بتفسير التخلية بما يناسب فعل المشتري ، بأن نقصد
منها : التخلية بمعناها الاسم المصدري الذي هو حصيلة المعنى المصدري القائم
بالبائع ، فنفس القبض في باب البيع بالتخلية أراد بها : التخلي بالمبيع وكونه =

وان اعتبرهما الشارع شرطاً في رفع المنع - تحريماً أو كراهة - عن بيع ما لم يقبض في خصوص الطعام او مطلق المكبل والموزون .
 فيدفعه - مضافاً إلى كونه خروجاً عن فرض كونها قبضاً في المكبل والموزون - : أنه منافع للاجماعات المحكية على جوار البيع بعد القبض فاللازم حمل الصحيحتين ونحوهما على الغالب مما يترتب عليهما من القبض والنسلم .
 ومما ذكرنا بظهور ضعف ما استقر به في (المختلف) : من كون القبض في المنقول لقله ، وفي المكبل والموزون ذلك ، أو كبليه ووزنه مختبراً بينهما (١) .

واستند في هذا القول إلى الجمع بين العرف الذي هو المرجع فيما لانص فيه من الشرع مؤيداً برواية عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر ، وواجهه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرقت المتاع : من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته ، فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه ، حيث جعل - عليه السلام - النقل هو القبض . - وبين صحة معاوية المتقدمة (٢) .

= نحلى من قبل البائع بنحو لم يكن له سلطان عليه بعد أن كان ، ولا ريب أن ذلك المعنى قائم بالمشتري ، فيصبح تفسير القبض بما هو فعله بها ، ويكون رفع يد البائع وجميع الموانع عن المبيع من مقدمات حصول التخلية للمشتري بالمعنى المذكور وبالجملة ، فالتخلية بمعناها المصدري من فعل البائع ، ومعناها الاسم المصدري من فعل المشتري ، فتأمل .

(١) وهذا القول اعتبره المصنف رابع الأقوال الثمانية في مسألة القبض :

(٢) الآفة الذكر في ص ١٢١

ج ١ تضعيف ما استقر به العلامة في المختلف في قبض المنقول والمكيل والموزون ١٢٣

ولعل التزامه بكون الكيل والوزن قبضاً دون أن يكون اعتبارهما محض كونها شرطاً في رفع المنع التحريمي أو الكراهي عن بيع المكيل والموزون للتخلص عن لزوم تخصيص الصحيحة بالاجماع الذي حكاه بعد أن ساقها حيث قال : « فجعل - عليه السلام - الكيل والوزن هو القبض ، لأن الاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه » (١)

هذا ، ومفاد الاجماع المزبور : هو كون القبض مسوغاً للبيع ، لا حصر المسوغ به - كما هو مفاد ما حكاه جلدنا (٢) في (الرياض) حيث قال

(١) راجع : مختلف الأحكام للعلامة كتاب التجارة ، الفصل السادس عشر في القبض وحكمه . وتمام الموضوع مانعه : « مسألة - قال الشيخ في المبسوط - إلى قوله - : والاقر ، أن البيع إن كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد ، وإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك ، أو الكيل أو الوزن ، وإن لم يكن منقولاً فالقبض فيه : التخلي . لنا : أن العرف يقتضي ما قلناه ، ومن عادة الشرع رد الناس إلى ما يتعارفونه من الاصطلاحات فيما لا ينص على مقصوده باللفظ .

ويؤيده : ما رواه عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر وواجه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرقت المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه « فجعل النقل هو القبض ، لأنه علل زوال الضمان به . ولا خلاف إنه معال بالقبض ، فكان هو القبض ، وما رواه معاوية بن وهب في الصحيح - : قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - : عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال : ما لم يكن كيل أو وزن ، فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه ، إلا أن يوليه الذي قام عليه ، فجعل - عليه السلام - الكيل والوزن هو القبض ، والاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه ... » (٢) صاحب الرياض السيد مير علي الطباطبائي هو جلد المصنف لأمه

- في جواب المناقشة على الرواية - : « ... فليكونا قبضاً ، للاجماع على عدم ارتفاعه الابه » (١)

وتبعه - في كيفية نقل الاجماع وحصر المسوّغ بالقبض - الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) حيث قال - في وجه سقوط المناقشة : « ... بالاجماع المدعى على عدم ارتفاع المنع - تحريماً أو كراهة - بدون القبض » (٢) ولا يخفى عليه الفرق الواضح بين الثقلين ، واختلاف لزوم التخصيص على الطريقتين .

القول الخامس - مذهب اليه في (المبسوط) حيث قال : « ... :

(١) راجع : كتاب التجارة ، او احق البيع ، الثالث في القبض وأحكامه وتام عبارته - فيما يخص الموضوع - : « ... والمناقشة فيها : بضعف الدلالة من حيث أن ظاهر الأولى أن البيع قبل القبض لا يجوز حتى يكبل أو يوزن ، وذلك لا يدل على كون القبض ذلك ، ولا يدل على ذلك بضم السؤال ، إذ يصح جواب السائل : هل يجوز قبل القبض ؟ بأنه لا يجوز قبله بدون أحد الأمرين : والثانية : انه يعتبر في انتقال الضمان من البائع الى المشتري : نقل المناع وإخراجه من يمينه وليس فيه تفسير القبض بكونه عبارة عن ماذا ، مع أن ظاهرها أنه يعتبر في انتقال الضمان الإخراج من بيت البائع ، ولا قائل به - مدفوعة : بظهور الأولى في ارتفاع المنع تحريماً أو كراهة باحد الأمرين فايكون قبضاً .. » .

(٢) لعل المقصود : شرح اللمعة المسمى : (الأنوار الغروية) للفاضل الشيخ محمد جواد ابن الشيخ محمد تقي ابن الشيخ محمد الأحمد البياتي ، الشهير ، (ملا كتاب) المتوفى بعد سنة ١٢٦٧ هـ وهو كتاب كبير يحتوي على عامة أبواب الفقه في عدة مجلدات ، وتم بعض أبوابه ولده الشيخ حسين في عدة مجلدات أيضاً والكتاب لا يزال مخطوطاً ، توجد نسخته في بعض خزائن المخطوطات في النجف الأشرف .

وان كان مما ينقل ويحول ، فان كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر ومما يتناول باليد ، فالقبض فيه هو التناول ، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة ، فان القبض في البهيمة أن يمشي بها الى مكان آخر ، وفي العبد أن يقيمه الى مكان آخر ، وان كان اشتراه جزأً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه ، وان كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه أن يكبله « انتهى (١) »

القول السادس - ماذهب اليه في (الدروس) قال : « والقبض في غير المتحول : التخلية بعد رفع اليد ، وفي الحيوان نقله ، وفي المعتبر كبله أو وزنه أو عده : ذلك أو نقله ، وفي الثوب : وضعه في اليد » (٢) ولعل نظره في المكمل والموزون الى الصحيحتين ، وفي النقل الى العرف ، ورواية عقبة المتقدمة ، لكن الفرق بين الحيوان وغيره مشكل وإلحاق الممدود بالمكمل والموزون قياس ، وكلمة (بعد) لعلها زائدة لأن التخلية تحصل برفع اليد والموانع ، لا بعد (٣) .

القول السابع - كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ، لافي زوال المنع عن بيع مالم يقبض . نفى عنه الباس في (الدروس) (٤) : ومن المحتمل أن يكون ذلك اختلافاً في مناط الحكمين ، لافي تسميته

(١) راجع : كتاب البيع ، فصل في حكم بيع مالم يقبض ، وقبل هذه الجملة مانعه ... وكيفية القبض ينظر في المبيع : فان كان مما لا ينقل ولا يحول فالقبض فيه التخلية ، وذلك مثل العقار والأرضين ، وان كان مما ينقل ... » .

(٢) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض .

(٣) بناء على ماقرناه فيما سبق : من أن المراد بالتخلية معناها الاسم المصدري القائم بالمشتري وأن رفع يد البائع والموانع عن المبيع من مقدماتها بالمعنى المذكور فلا زيادة في كلمة (بعد) .

(٤) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض - حيث يقول : « ... وقيل : =

قبضاً على أن يكون القبض في نقل الضمان غيره في زوال المنع ، وعليه لا يكون قولاً آخر في ماهية القبض وحقيقته : ويقر به استبعاد كونه قولاً في معنى القبض مرضياً عنده ، بعد ما اختار قبله بلا فصل : ما قلنا عنه إلا أنه - حبيث - يمكن أن يقال عليه : كيف نفى البأس عنه مع أن التخلية إن كانت قبضاً ، فقد حصل المستوع للبيع للاجماع المتقدم المحكي في (المختلف) وغيره ، وإلا فلم يتحقق نقل الضمان بحكم النبوي المعروف : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » بل رواية عقبة المتقدمة دالة بظاهرها على اعتبار النقل في رفع الضمان عن البائع ، كما فهمه الأصحاب لا كفاية التخلية فيه ، كما فهمه شيخنا المرتضى - قدس سره - في (المكاسب) وجعلها معارضة للنبوي وتكلف في وجه الجمع بينهما ^(١) . ومنشأ قراءة (بقبض) بضم حرف المضارعة ، لا بفتحها ، وجعل فاعل (يخرج) راجعاً إلى البائع دون المشتري .

القول الثامن - الاستقلال والاستيلاء عليه باليد وهو . المحكي عن الأردبيلي - رحمه الله - والسبزواري - رحمه الله - (٢) و (المسالك) وإن = التخلية مطلقاً ولا بأس به في نقل الضمان ، لا في زوال التحريم أو الكراهية عن البيع قبل القبض . . . »

(١) حيث قال - كما في كتاب البيع ، القول في أحكام القبض - . . . فيمكن حمل النبوي على ذكر ماهر مقارن غايي للتخلية ، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الإخراج للوصول إلى المشتري بقريضة ظاهر النبوي . . . »

(٢) قال المحقق السبزواري في كفاية الأحكام في الفصل الثالث من أحكام العقود : « والأقوى الرجوع في ذلك (بمعنى القبض) إلى العرف حيث لم يثبت له حقيقة شرعية ، قال في المسالك : العرف يدل على أن إقباض غير المتقول يتمحق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما في المتقول فلا يتمحق =

ج ١ القول الثامن في القبض واستظهار أن القبض حقيقة واحدة في جميع الموارد ١٢٧

اطرده في الأخير في غير المكيل والموزون ، وثبع فيها النصوص المتقدمة (١)
لكن لا يكاد يتم ما ذكره هنا وقوله ، مع ما ذكره - أخيراً - بعد ذكر
فروع كثيرة بقوله : « والنحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن
بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما له ، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما
وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض - حينئذ - لا بداني ذلك ، لأن
الاعتبار بهما قبض وزيادة ، وحينئذ ، فلو قيل : بالاكتفاء في نقل الضمان
فيهما بالنقل عملاً بمقتضى العرف والخبر الأخير ، ويتوقف البيع ثانياً على
الكيل والوزن ، أمكن ، إن لم يكن إحداث قول النهي فتأمل جيداً ، انتهى :
والذي يظهر لي أن القبض معناه أمر واحد في جميع موارد اعتباره
وهو الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء وقيامها بذات المشتري ، بعد أن
كانت قائمة بذات البائع . - مثلاً - بحيث لو لم يكن مالكاً أو مأذوناً
من مالك لكان غاصباً من غير مدخلية مماسة اليد أو فعل الجوارح في ماهيته
واعتماد العرف شيء من ذلك ، إنما هو لكونه كاشفاً عن حصولها له
وتحققها فيه ، فهو معتبر من باب الامارة والطريقة ، لا موضوعية له في
= إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا ، وكذا في طرف البائع بالنسبة إلى
التمن وهو حسن .

(١) راجع : ج ١ كتاب التجارة ، الفصل الرابع في أحكام العقود ، النظر
الثالث في التسليم - في شرح قول المحقق : « والقبض هو التخلية . . . » حيث يقول
« : . . . والعرف يدل على أن إقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع
عنه ، وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما في المنقول فلا يتحقق إلا باستقلال يد
المشتري به سواء نقله أم لا ، وكذا في طرف البائع بالنسبة إلى التمن ، وهذا مطرد
في المكيل والموزون وغيرهما ، إلا أنها خرجا بالنص الصحيح فبقى الباقي ، وهذا هو
الأقوى . »

ماهية ، بل هي مرتبة على السلطنة ترتب المعلول على العلة والأثر على
 المؤثر . نعم هي أسباب لحكم العرف بحصولها للمشتري ، لا لنفس الحصول
 فلو حصلت التخلية التامة التي هي بمنزلة الاقباض من البائع - مثلاً - مع
 قبولها من المشتري تحولت تلك السلطنة من المنقول منه الى المنقول
 اليه ، وقامت بذاته قيام الصفة بالموصوف والعارض بالعروض ، ولذا لو أرجع
 الغاصب العين المغصوبة الى المصوب منه ووضعها بين يديه أو في داره
 بمشهد منه حصلت التأدية منه ، وبرئت ذمته ، وليس إلا لرجوع تلك
 السلطنة المسلوقة منه اليه بمجرد وضعه بين يديه وحصول القبض منه لما له
 وكذا الودعي للودعة . ولعل اختلاف عبارات الأصحاب في قبض المنقول
 عدا من اعتبار الكيل والوزن في الكيل والموزون للتعبد محض اختلاف
 في التعبير عن الكواشف والامارات ، لا اختلاف في أصل معناه . ولذا كل
 منهم يستند في دعواه الى العرف . فلترجع - حيثئذ - جملة من الأقوال
 بعضها الى بعض .

هذا تمام الكلام في أقوال المسألة

بقي هنا فروع

الأول - انه لو كان المبيع مشغولاً بامتعة البائع : فاما أن يكون منقولاً^(١) أو غير منقول^(٢) وعلى الاول : فاما أن نعتبر النقل في قبضه^(٣) أو تكفي التخلية أو الاستيلاء ، وعلى التقادير : فقرة - مع إذن البائع لنقل المتاع ، وأخرى - مع عدم إذنه له .

فنقول : أما مع الاذن بنقله^(٤) فلا إشكال في حصول القبض مطلقاً - بعد حصول ماله معتبر فيه^(٥) - منقولاً كان أو غير منقول - كالعقار والدور . وأما مع عدم إذن البائع في نقل المتاع مع كونه آذناً في قبض المبيع أو كان إذنه غير معتبر لوصول الثمن اليه (ففي) تحقق القبض قبل تفريغه وترتب جميع أحكامه عليه بالاستيلاء عليه ، أو نقله بما فيه ، ان كان منقولاً واعتبرنا النقل فيه ، أو عدمه كذلك^(٦) أو ترتب نقل الضمان عن البائع دون غيره من أحكام لعدم كونه قبضاً - : (وجوه

(١) يعني : يمكن نقله من مكان البيع الى حيز آخر .

(٢) مثل الدار والعقار .

(٣) يعني : لا يكفي في تحقق قبضه مجرد التخلية أو الاستيلاء بل يعتبر مع ذلك نقله عن مكان البيع الى مكان آخر .

(٤) أي نقل المتاع :

(٥) من مجرد التخلية أو الاستيلاء عليه أو مع نقله الى حيز آخر في المنقول

(٦) يعني : عدم ترتب شيء من أحكام القبض قبل تفريغه عن المتاع وان

استولى عليه المشتري أو نقله بما فيه ان كان منقولاً .

واحتالات) قوى أولها (١) في (الجواهر) ونظره الى عدم مانعية الأثم لتحقيق القبض وترتب أحكامه عليه ، وهو حسن ، إن كان المنشأ ذلك لأن النهي لا يدل على الفساد في المعاملة ، وإن اتحد العنوان المحرم معها في الوجود - كما هو محقق في محله - (٢).

(١) يعني تحقق القبض قبل تفرغه وترتب جميع أحكامه عليه بالامتلاء عليه أو نقله بما فيه إن كان متقولاً واعتبر النقل فيه .

(٢) النهي عن المعاملة : تارة يكون من جهة أن الانشغال بها يفوت الحضور الى واجب تضيق وقته ، كالنهي يوم الجمعة عن البيع عند النداء الى صلاتها في الآية الشريفة « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة . . . » وأخرى - يكون لاتحاد العنوان المحرم معها في الوجود ، كما في صورة نقل المبيع المشتعل على مناع البائع الحاصل به قبض المشتري له ، فيها لو اذن البائع بنقله ، ولم يأذن بنقل ما فيه من المناع فإن نقله المحرم لعدم اذن مالكة بنقله اتحد مع نقل المبيع المأذون من البائع نقله . والنهي في الصورتين المذكورتين لا يقتضي فساد المعاملة - أعني البيع وقت النداء وقبض المبيع مع ما فيه من المناع الذي لم يأذن مالكة بنقله - اذ النهي فيها إنما هو لجهة خارجة عنها وهي مبعوضة الانشغال بما يفوت الواجب المضيق وقته وفيما نحن فيه مبعوضة التصرف في مال الغير بدون اذنه وهو غاية ما يقتضي حرمتها ، لاعداد ترتيب الأثر عليها الذي هو معنى صحة المعاملة إذ ليست المعاملة كالعبادة مما تكون حرمتها كاشفة عن مبعوضيتها للشارع ، وعدم صلاحية التقرب بها الى الله تعالى لأي جهة كانت حرمتها :

نعم ربما تكون المعاملة بذاتها من حيث هي هي متعلقة لنهي الشارع لجهة فيها تقتضي مبعوضيتها لديه ، وعدم إرضائه لها كبيع الخاقلة والمزانية والربا ونظائرها مما تكون المعاملة بذاتها مبعوضة للشارع ومتعلقة لنهي ، فيكون دليلها مخصصاً لعدم آية « حل البيع » و « التجارة عن تراض » و « أو فوا بالعقود » =

ولكن يمكن أن يوجه المنع بعدم تحقق الاستيلاء والسلطنة ، أو التخلية التي قد عرفت أن معناها رفع جميع الموانع التي منها - بل أعظمها - المانع الشرعي لكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بغير إذنه ولو كان منقولا ، واعتبرنا النقل فيه ، لأن اعتبار النقل اعتبار للتخلية وزيادة : نعم يتحقق بعد التفريغ وإن أتم فيه ، لا قبله ^(١).

= فتفسد المعاملة بذلك ولا يترتب عليها الأثر - شرعاً - .

(١) توضح ذلك : أن القبض الذي هو الاستيلاء المطلق على المبيع - منقولا كان أم غير منقول - يتوقف تحققه بالنسبة إلى المشتري على رفع جميع الموانع عن استيلائه الذي هو معنى التخلية وحقيقتها . ومن أعظم الموانع وأهمها : المانع الشرعي المستلزم عدم رفعه للتصرف في مال الغير بدون إذنه .

وعليه فالتخلية بالمعنى المذكور لا بد منها في تحقق القبض ، ولو فسحاً يعتبر في تحقق قبضه نقله ، إذ ليس معناه الاكتفاء بمجرد نقله ، ولو كان ممنوعاً منه - شرعاً - وإلا لما توقف قبضه على إذن البائع بالقبض فيما يعتبر فيه إذنه ، كما في صورة عدم وصول الثمن إليه ، بل اعتبار نقله اعتباراً للتخلية وزيادة .

إذا عرفت ما ذكرنا : من أن الاستيلاء المطلق على المبيع لا يتحقق للمشتري إلا برفع جميع الموانع ، سيما المانع الشرعي ، ففي الفرع المذكور ، وهو مالو اشتمل المبيع على مناع البائع : رفع المانع الشرعي عن استيلاء المشتري إنما يتحقق بأحد أمور ثلاثة : إما بنقل البائع متاعه عنه ، أو إذنه للمشتري بنقله عنه ، أو إذنه بنقله مع المبيع فيما يعتبر في قبضه النقل - فلو لم يتحقق أحد الأمور الثلاثة لا يمكن تحقق القبض المشروع بمعنى الاستيلاء المطلق على المبيع وترتب جميع أحكام القبض عليه من غير فرق بين المنقول وغير المنقول كالأدوار والعقار . فإن الدار المشغولة بمناع البائع - ولم يأذن للمشتري بتفريغها عنه وكان ممنوعاً عنه شرعاً ، لاستلزامه التصرف في مال الغير بدون إذنه - كيف يمكن القول بتحقيق قبضها بمعنى الاستيلاء =

ومنه يظهر وجه القول الأخير (١) ومواقع النظر من كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : « ... فان كان منقولاً كالصندوق المشتعل على أمتعة البائع ، كفى في قبضه - على الخنار - حصول تلك السلطنة عليه ولو قبل تفريغه ، بل لو اعتبرنا نقله - ونقله المشتري بالامتعة - كفى في نقل الضمان وغيره ، حتى مع عدم إذن البائع في نقل الامتعة ، بعد أن يكون آتياً في المبيع ، أو كان إذنه غير معتبر لوصول الثمن إليه ، إذ الأثم في ذلك لا ينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه (٢) واحتمل في (المسالك) توقفه - فضلاً عن غيره من أحكام القبض - على إذن البائع في نقل الامتعة = المطلق عليها أو تخليلها له مع كونها مشغولة بمتاع البائع ، ولم يأذن بالتصرف فيه ونقله عنها ، سيما إذا كان جل ييوتها مشغولة بالمتاع . نعم بتحقيق القبض بعد حصول الأثم ينقل المتاع عنها وتفرغها منه ، لا قبله .

(١) وهو القول بترتب نقل الضمان إلى المشتري وعدم ترتب غيره من أحكام القبض الصحيح - فيما لو إذن البائع بنقل المبيع - خاصة - ولم يأذن بنقل ما فيه من المتاع - ونقله المشتري بما فيه .

أما وجه ترتب نقل الضمان إلى المشتري ، فلما سيجيء من سببنا المصنف في الفروع السادس : من أن نقل الضمان من البائع إلى المشتري لا يتوقف على صحة القبض ، بل هو من أحكام مطلق قبض المشتري - سواء الصحيح منه والفساد - وأما عدم غيره من أحكام القبض ، فلما عرفت - آنفاً في توجيه المنع - أنه من آثار القبض الصحيح غير الممنوع فيه شرعاً - والمفروض أن القبض المذكور ممنوع عنه - شرعاً - لاستلزامه التصرف بمال البائع غير المأذون بنقله .

(٢) ظهر مما ذكرنا - آنفاً - أن الأحكام المترتبة على القبض الصحيح غير الممنوع عنه شرعاً لا يترتب عليه . وإنما يترتب عليه خصوص نقل الضمان المترتب على مطلق القبض - صحيحاً كان أم فاسداً - .

وفيه من الضعف ما لا يخفى ، وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى بها . واحتمل في (المسالك) عدم الاكتفاء قبل النقل - أيضا - وهو أضعف من سابقه ، (١) انتهى .
وأما الوجه الثالث (٢) فقد يقال : إنه لا موجب لنقل الضمان بعد أن لم يكن قبضاً بالفرض ، مع أنه تالف قبل قبضه ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع ، بحكم النبوي المتقدم .
ودعوى ترتب الضمان على القبض الفاسد - غير الشرعي - كقبض المغصوب وإن لم يترتب عليه سائر أحكامه .

(١) راجع : كتاب البيع من كتاب الجواهر في مبحث ما يتحقق به القبض في شرح قول المحقق : القبض هو التخلية .
أما وجه الضعف فيما يتوقف قبضه على نقله ، فقد ظهر بما أشار إليه في (الجواهر) من أن الائتم في ذلك (يعني في نقل المبيع) لا بنيان في صحة القبض وترتب أحكامه عليه ، بناء على ما تقدم منا - آنفاً - من أن النهي عن المعاملة - لامن حيث هي - بل لجهة خارجة عنها كما في المقام - لا يقتضي فسادها وعدم ترتب الأثر عليها .

وأما وجه أضعفية ما احتمله في (المسالك) من عدم الاكتفاء بالتخلية في غير المنقول قبل نقل المتاع عن المبيع ، فهو إما لو تنزلنا وسلمنا اعتبار اذن البائع بنقل المتاع فيما يتوقف قبضه على نقله ، وإمكن فيما يكون قبضه بالتخلية الحاصلة برفع يد البائع عن المبيع وتفويض أمره إلى المشتري ، فعدم الاكتفاء بها في تحقق القبض قبل نقل المتاع وتفويضه ، كاد أن يكون بلا وجه .

هذا ، ولكن ذكرنا - آنفاً - أنه يمكن توجيه ما احتمله في (المسالك) بما أشار إليه المصنف بقوله « ولكن يمكن توجيه ذلك » . إلى آخر كلامه .

(٢) أي : ترتب نقل الضمان إلى المشتري دون غيره من أحكام القبض .

يدفعها : أن الضمان المترتب عليه هو الضمان بالمثل أو القيمة ، دون الضمان بالمسمى ، والمبيع مضمون بالمسمى على بائعه قبل التلف ، لا بالمثل أو القيمة .

إلا أن الأقوى - كما ستعرف - ضمانه بالمسمى ، إن لم يكن فساده منبثقاً عن فساد العقد أو ما يعتبر فيه - كما في المقام - (١) ومنه يظهر قوة ماقواه في (المسالك) (٢) ففي المسألة احتمالات ثلاثة .

الثاني - لو كان المبيع بنفسه مشتركاً بين البائع وغيره ، فعلى المختار كفى في تحقق القبض حصول الاستيلاء والسلطنة للمشتري على حسب ما كان

(١) يعني : أن الأقوى ضمان المشتري المقبوض بالقبض الفاسد بالمسمى فيما لم يكن منشأ فساد فساد العقد أو ما يعتبر فيه . فانه بضمنه بالمثل أو القيمة فيما كان المنشأ فساد العقد ، وفي المقام : منشأ فساد القبض عدم إذن البائع بنقل المتاع ، مع فرض صحة العقد ومباني من سيدنا - في الفرع السادس - توضيح ذلك .

(٢) حيث قال الشهيد - قدس سره - في مباحث القبض من كتاب البيع - : « الرابع - لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع : فان كان منقولاً كالصندوق المشتعل على ائمة البائع واعتبرنا نقله فنقله المشتري بالائمة ، كفى في نقل الضمان مطلقاً - ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الائمة ، وإن كان عقاراً كالدار ، ففي الاكتفاء بالتخايلة قبل نقل المتاع وجهان ، أجودهما ذلك ، وهو خيرة التذكرة »

فان ظاهر اكتفائه في نقل الضمان - مطلقاً - ومن قوله أخيراً - أجودهما ذلك قوة الاكتفاء بمطلق النقل .

وقوله - في الفرع الاول - ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الائمة ، مجرد احتمال ، لا اختصار .

للبيع - مطلقاً - منقولاً كان المبيع أم غيره -
وكذا على القول بكفاية التخلية - مطلقاً - إذ ليس للمشتري إلا ما كان
للبيع من السلطنة له في المال المشترك ، والمنع من التصرف من جهة الشركة
لا ينافي الملكية بالإشاعة ، لوضوح الفرق بين الطلق والمشاع في الملكية
والتخلية المطلوبة من المالك ، وإن اعتبرنا النقل في المنقول وكان المبيع
المشترك منقولاً ، فغير بعيد الحاقه بغير المنقول في تحقق القبض بالتخلية
- كما عن (المختلف) - في كتاب الهبة - (١)

ويحتمل - قريباً - توقف القبض على إذن الشريك أو قبض الحاكم
له - أجمع - بعضه أمانة ، وبعضه عن المشتري ، بعد رفع أمره إلى الحاكم :
الثالث : قال في (المسالك) - تبعاً للذكر - : « لو كان المبيع
في مكان لا يختص بالبائع ، كفي في المنقول نقله من حيز إلى آخر ، وإن
كان في مكان يختص به ، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر باذنه كفي
أيضاً (٢) »

(١) قال العلامة في المختلف ، في آخر مسألة من الفصل الأول من كتاب
الهبة : « مسألة : قال الشيخ في (المبسوط) : هبة المشاع جائزة ، ثم إن كان مما لا ينقل
كالأرض كان القبض هو التخلية ، وإن كان مما ينقل كان القبض التحويل ، فإن
وافق الشريك على أن يقبض المتهب أو المتهب على أن يوكل الشريك في القبض
صح ، وإن تعامرا نصب الحاكم أميناً يقبض الكل : نصفه هبة ونصفه أمانة
للشريك حتى يتم عقد الهبة ، والوجه عندي : جعل القبض - هنا - التخلية أيضاً
لأنه - فيما لا يمكن نقله وتحويله - كأنه لا فرق بين عدم الامكان المستند إلى عدم
القدرة الحسية أو عدم القدرة الشرعية ، وهو أولى من التحكم في مال الشريك بغير
اختياره » .

(٢) يعني في ترتيب جميع آثار القبض على نقله :

وان كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ، (١)
قلت : هذا مبني على اعتبار النقل في المنقول ، وعليه فالظاهر حصول
القبض بنقله (٢) من حيز الى آخر ، وان كان مختصاً بالبائع وكان بغير إذنه
لتحقق ما هو مناط القبض من التسليط والتمسك والنقل المأذون في أصله ، ولأن ائمه
باختياره منه الفرد المتحد مع العنوان المحرم ، سيما مع كون الحيز المنقول
اليه في طريق السلوك الى الخارج ضرورة أن النقل الى ذلك الموضع محلل
لا ائمه فيه ، وهو يكفي في تحقق القبض ، وهاهنا يتجه كلام شيخنا المتقدم
في (جواهره) لافي الفرع المتقدم ، فافهم (٣).

(١) راجع : كتاب المسالك للشهيد الاول ، المبحث السادس من مباحث
القبض في شرح قول المحقق (القبض هو التخلية ...) ويريد مما مر : أي في المبحث
الرابع من مباحث القبض ، كما اشار اليها سيدنا المصنف - آتفاً - ونقلنا - عبارته
بنصها وعلقنا على الموضوع - فراجع .

(٢) وترتيب جميع آثار القبض على نقله .

(٣) يريد سيدنا المصنف - قدس سره - بالفرع المتقدم : الفرع الاول من
فروع القبض ، وهو ما اذا كان المبيع مشغولاً بأمتعة البائع ، ولم يأذن بنقل المتاع
مع كونه آتفاً بقبض المبيع ونقله (المشتري بما فيه ، وقوى صاحب (الجواهر)
- قدس سره - حصول القبض للمشتري بنقله مع المتاع ، وترتيب جميع آثار القبض
وأحكامه على نقله مع المتاع ، قائلا : إن الائمه بنقل المتاع لا ينافي صحة القبض وترتب
أحكامه عليه ، وذكر سيدنا - قدس سره - أن نظره في حصول القبض : أنه معاملة
والنهي عنها لا يقتضي الفساد .

ثم ذكر - رحمه الله - وجهاً لفساد القبض المذكور ، سبق منا توضيحه ، وحاصل
الفرق بين هذا الفرع وبين ما سبق من الفرع الأول : أنه في هذا الفرع مناط صحة
القبض حاصل ، وهو إذن البائع بأصله ، وقدرة المشتري - شرعاً - عليه بنقله =

الرابع : لو باع مالهو غير منقول كالدار مع ما فيها من المنقول صفقة فالظاهر كفاية التخلية في قبض المجموع - هنا - وان اعتبرنا النقل في المنقول ، لأن قبض الدار قبض لها بما فيها - عرفاً - .

= الى حيز خارج عما يختص بالبائع مما لم يأذن بنقله اليه ، غاية الأمر : إن المشتري بسوء اختياره طبق القبض المأذون فيه على الفرد المحرم - شرعاً - بأن نقله الى المكان الذي لم يأذن البائع بنقله اليه ، فيتوجه - حينئذ - كلام صاحب الجواهر - قدس سره - بأن النهي عن المعاملة - أعني القبض المتحد مع الحرام في الوجود - لا يقتضي الفساد وعدم ترتب الأثر عليه .

هذا ، ولكن في الفرع السابق لم يكن فساد القبض من حيث اجتماعه مع الحرام في الوجود ، بل من حيث أن البائع لم يأذن بنقل ماله ونحريكه عن مكانه مطلقاً لامنضاً الى المبيع ولا مجرداً عنه ، وكل منهما ممنوع عنه شرعاً - اكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بدون إذنه ، ولم يكن شق ثالث يمكن أن يحصل به قبض المبيع بلا مانع شرعي ، فلا أثر لاذن البائع بقبض المبيع في ظرف عدم قدرة المشتري على القبض المشروع .

والحاصل : إن التخلية التي ليست هي مجرد رفع البائع يده عن المبيع ، بل هي : تحويل سلطته على المبيع الى المشتري ورفع المانع الحاصل من جهته عن قبضه المبيع وتسلطه عليه - عقلياً كان أو شرعياً - في الفرع المتقدم غير حاصلة ، فتبصر لئلا تقول : إن في كل من الفرعين نقل المبيع الحاصل به قبضه ممنوعاً عنه المشتري شرعاً ، وفي الفرع الذي نحن فيه كذلك ، فما الوجه في كون المنع الشرعي في الفرع المتقدم مانعاً عن تحقق القبض بنقله دون هذا الفرع ؟

نقول : إن القبض المشروع في الفرع السابق غير مقدور للمشتري ، وإنما المقدور له غير المشروع ، وهنا مقدور له بنقله الى حيز خارج عما يختص بالبائع فافهم :

وبحتمل اعتبار النقل في خصوص قبض الحال ، وان كفت التخلية في قبض المحل (١).

الخامس : لو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً ، فلا يخلو من صور ثلاث ، لأنه إما أن يكون كبلاً أو وزنه معلوماً ، أولاً ، كما لو باعه قدرأ معيناً من صبرة مشتملة عليه . وعلى الأول : فاما أن يكون معلوماً بالمشاهدة - كما لو كيل أو وزن بمشهد المشتري - قبل العقد عليه ، أو بأن أخبره به ، فصدقه .

أما الثالثة : فهي المتبقية من مورد النصوص المقدمة للدالة على المنع تحريماً أو كراهة عن بيع المكبل أو الموزون قبل كبله أو وزنه :
وأما الأولى : ففي الاكتفاء بالكبل السابق أو وزنه عن تجديدهما بعد البيع - ثانياً - وجهان : مبدئياً على أن اعتبارهما هل هو من جهة تحقق القبض ، فلا بد من تجديدهما بعد البيع إذ لا معنى للقبض قبل البيع - كما قرأه في المسالك - ونسبه فيه إلى العلامة والشهيد (٢) وعليه ، فلا بد

(١) اماماً استظهره سيدنا - قدس - من كفاية التخلية في قبض المجموع فهو أن ما في الدار - مثلاً - من المتاع بمنزلة التابع لها في البيع فيكفي في قبضه ما يكفي فيها من التخلية : وأما وجه ما احتمله من اعتبار النقل في خصوص المتاع الذي فيها وان كفت التخلية في قبض الدار فباعتبار أنها مبيعان انضم كل منهما إلى الآخر فلكل منهما منها حصة في تحقق قبضه .

(٢) راجع : البحث السابع من مباحث القبض من كتاب المسالك في شرح قول المحقق : والقبض هو التخلية حيث يقول : ... لو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً فلا يخلو : إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن ، أولاً ، بأن أخبر البائع المشتري بكبله أو وزنه ، أو باعه قدرأ منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فإن كان الآخر فلا بد في تحقق قبضه من كبله أو وزنه للنص المتقدم ، وإن كان الأول ، ففي =

ج ١ الصور الثلاثة فيما لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً، ومعنى القبض فيها ١٣٩

من الاعتبار - ثانياً - في الصورة الثانية بطريق أولى ، أو لحض التعبد في رفع المنع عن بيعه - ثانياً - المحتمل عليه دعوى الاكتفاء بالكيل السابق أو وزنه لاطلاق النصوص المتقدمة الشاملة لما كان الكيل أو الوزن قبيل البيع ، ضرورة صدق كونه كيل أو وزن عليه . وعليه ، ففي الصورة الثانية يحتمل الاكتفاء به أيضاً ، ويحتمل العدم ، لعدم الأولوية - حينئذ - مضافاً الى رواية محمد بن حمران « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاماً ، فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله ؟ فقال : لا بأس فقلت : أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل ؟ فقال : لا ، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله » (١).

هذا ، والتعرض لكلمات الأصحاب في هذا الفرع ربما ينجر الى الإطناب :

والذي يختلج بالبال ويخطر في الخيال في تحقيق المسألة : هو أن يقال : كل مبيع بعد نطق البيع الصحيح به جاز للمشتري بيعه بعد الدخول في ملكه - مطلقاً - وإن لم يقبضه ، لوقوعه من أهله في محله . إلا المكيل

= الافتقار الى اعتباره - ثانياً - لأجل القبض ، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان : من اطلاق توقف الحكم على الكيل أو الوزن - وقد حصل - وقوله « لا تبعه حتى تكيله أو تزنه » لا يدل على أن يزيد من حصولها الشامل لما كان قبيل البيع ، ومن كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو الأقوى .

(١) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ج ١٢ طبع جديد : كتاب التجارة أبواب عقد البيع وشروطه ، باب جواز الشراء على تصديق البائع ... حديث ٤ والإسناد هكذا : وبإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبيان عن محمد ابن حمران ... الخ .

والموزون ، فإنه يمنع عن بيعه مكابلسة قبل قبضه ، وإن دخل في ملكه للنصوص المتقدمة ، بعد تنزيلها على الغالب من ترتب القبض على الكيل والوزن ، وبعد قبضه يجوز بيعه ، وإن تحقق بغير الكيل والوزن ، لما تقدم من الإجماع المحكي في (المختلف) (١) على العقد البيع بعد القبض ، فالقبض هو المناط في جواز البيع - ثانياً - جمعاً بين النصوص والإجماع المتقدم . وإن أبيت إلا الجمود على ظاهر النص وأغضيت النظر عن إجماع (المختلف) أو تمسكت بظاهر معقده المحكي في (الرباض) (٢) و (شرح اللامعين) (٣) فنقول : بخصوص المكيل والموزون يمنع عن بيعه - ثانياً - إلا بعد الكيل والوزن ، وإن حصل القبض فيهما بدون ذلك ، كما لو نقله المشتري إلى بيته ، وتصرف فيه بحملة التصرفات من دون كيل عليه أو وزن ، فإنه - حينئذ - يترتب جميع أحكام القبض عليه حتى دخوله في ضمان المشتري غير أنه لو أراد بيعه - ثانياً - توقف على كبله أو وزنه ، للنصوص المتقدمة السادس : المقبوض بالقبض الفاسد ، لو تلف بيد المشتري كان مضموناً عليه - مطلقاً - بالمثل أو القيمة ، إن كان الفساد منبثقاً عن فساد العقد أو ما يعتبر فيه ، وبالمسمى إن كان فاسداً فيما لا يكون القبض مستحقاً له على البائع مع وقوعه منه بغير إذنه وفرض كون العقد صحيحاً ، ومعناه انتقال الضمان منه إليه ، لقاعدة الضمان على من تلفت بيده . وقد يتوهم - هنا - كون الضمان على البائع ، بناء على ما تقدم من

(١) راجع - هذا المضمون - فيما مضى من هذا الكتاب : القول الثالث من

أقوال القبض ص ١٢٤

(٢) راجع : - ذلك - فيما سبق من الكتاب : ص ١٢٠ .

(٣) راجع ما سبق آنفاً : ص ١٢٤ من الكتاب وذكرنا - هناك - : أن

الصحيح (شرح اللامعة) للفاضل الجواد .

ج ١ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد على المشتري وتوهم أنه على البائع ١٤١

عدم تحقق القبض إلا بعد التخلية الموقوفة على إذنه ، لكون القبض غير مستحق عليه بالفرض ، فهو تالف قبل قبضه ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، بحكم القاعدة المستفادة من النبوي المتقدم .

إلا أنه توهم فاسد ، لأن المراد من القبض المعلق على عدمه التلف مطابق القبض بكلا قسميه : الصحيح والفاسد ، ونفي القبض كذلك معناه كون التلف عند غير المشتري ، فلا يكون المقام مشمولاً للنبوي حتى يتوهم تعارض القاعدتين فيه ، كيف ولو تلف بيد المشتري بعد أن كانت العين مضمونة بالمسمى بالعقد الصحيح ، فإن رجوع البائع على المشتري يبدله الواقعي ، فمع أنه غير الضمان بالمسمى مع كون الضمان به بالفرض ، لم يكن الفوات من مال البائع بعد أخذه البديل الواقعي : وإن لم يرجع عليه بشيء من البدلين الواقعي والمسمى ، جمع المشتري بين العوض والمعوض ، فلم يبق إلا كون المبيع فائتاً من المشتري ، بمعنى كون خسارته عليه ونقصانه في ملكه ، وهو المطلوب من انتقال الضمان للمشتري .

نعم لولا النبوي لكان مقتضى القاعدة الأولية غرامة البائع بعد أن كانت العين مضمونة بعقد المعاوضة وتلف عنده المثل أو القيمة للمشتري بدلاً عن ملكه واتخذ المسمى منه ، إلا أن النبوي حاكم على تلك القاعدة الأولية ومتضمن لبطلان البيع وانفساخه ، ورجوع المبيع إلى ملك البائع آناءً عند التلف حتى يصدق كون التالف من مال البائع - كما عليه المشهور - وإن كان الأقوى - عندنا - موافقة النبوي للقاعدة في إيجابه الانفساخ بالتلف قبل القبض ، كما ستقف عليه عند تحريرنا له في مسألة مستقلة (١) .

وبالجملة : ففقد النبوي عندهم مجرد بيان حكم ما لو تلف المبيع عند البائع وكون التلف منه في قبال ما تقتضيه القاعدة الأولية ، وأبين ذلك من المقام المفروض كون التلف بيد المشتري ؟ .

(١) يذكر ذلك - مفصلاً - في أوائل رسائله التالية لهذه الرسالة ، فراجع .

السابع : قال في (المسالك) : « لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع : فان كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم أو الكراهة . وأما بالنسبة الى نقل الضمان ، فيحتمل - قوياً - تحققه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير اذن البائع . ويحتمل توقف الأمرين على تجديده ، لفساد الأول شرعاً ، فلا يترتب عليه أثر . ولو كان باذنه كالوديعة والعارية لم يفتقر الى تجديد اذن ولا تخلية . » (١) انتهى قلت : ومما ذكرنا ظهر لك وجهه قوة ماقواء في (المسالك) من انتقال الضمان الى المشتري لو كان مقبوضاً بغير إذنه ، إلا أن إطلاق قوله (فلا بد من تجديد الاذن) الشامل لما لو كان القبض مستحقاً له على البائع ، كما لو اشتراه بمال في ذمته ، غير جيد - ضرورة عدم الحاجة إلى الإذن بعد ما كان القبض مستحقاً عليه .

هذا بالنسبة الى البيع . وأما بالنسبة الى ما كان القبض شرطاً في صحته أو لزومه كالرهن والهبة ، فنقول : لو رهن المقبوض بيد المرتهن قبل عقد الرهن عليه ، فلا يخلو : إما أن يكون القبض المنحقق أولاً باذن الراهن ، أو بغير إذنه كالمقصورب . وعلى التقديرين ، ففي اعتبار الاذن مطلقاً أو عدمه كذلك ، أو التفصيل بين اذناؤن وغيره .

أقوال : نسب ثانيهما الى الأكثر ، ولعل نظرهم الى كفاية تحقق القبض فيما هو معتبر فيه من الصحة أو اللزوم ، لا إطلاق قوله (ص) « لا رهن إلا مقبوضاً » (٢)

(١) راجع: المبحث الثاني من مباحث القبض في شرح قول المحقق : « القبض

هو التخلية ... » .

(٢) راجع : الوسائل لمحرم العاملي ، كتاب الرهن ، ٣ - باب اشتراك القبض

في الرهن ، حديث (١) محمد بن الحسن ، بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - .

ج ١ كيفية ضمان المشتري للبيع فيها لو كان في يده قبل الإقباض والتحقق في ذلك ١٤٣

و « رهان مقبوضة » (١) .

وفيه : إن المطلقات مسوقة لبيان أصل اعتناء القبض ، وأما من جهة الكيفية ، فهي مهمة غير ناظرة إليها ، فيبقى الحكم على ما كان عليه قبله من الجواز وعدم ترتب الصحة بحكم الاستصحاب .
وأما وجه القول بالتفصيل ، فلتحقق ما هو معتبر في القبض من الأذن في الأول دون الثاني .

وفيه أن المعتبر هو القبض المأذون بعنوان كونه رهناً ، لا مطلق الأذن بالقبض ، وبالجملة ، بعد اعتبار الأذن والرضا في صورة حدوث القبض المعتبر في الرهن بعد عقده - كما عليه المشهور - لا معنى لعدم اعتباره في القبض المستدام ، كما نسب إلى الأكثر أيضاً هنا :
ومن يظهر الأشكال في وجه التفريق بين المقامين حتى ذهب المشهور إلى اعتبار الأذن في الأول وعدم اعتبارهم له في الثاني .

ودعوى تحقق الأذن فيه - بدلالة الراهان عليه - فمع أنها ممنوعة من أصلها لعدم الملازمة بين الرضا بكونه رهناً وكونه عند المرتهن بعينه آتٍ في القبض الحادث ، كما لو قبضه المرتهن بدون إذن الراهن بالقبض بمجرد العقد عليه ، فالأقوى في المقامين اعتبار كون القبض مأذوناً فيه وفقاً للمشهور في الأول ، وخلافاً لهم في الثاني - كما عرفت من الاستصحاب - بعد كون المطلقات مهمة من حيث الكيفية ، مضافاً إلى أن القبض بعد كونه جزء السبب ومتمماً للعقد صحة أو لزوماً يعتبر فيه ما يعتبر في باقي أجزاء السبب من الرضا والاختيار ، أو إلى دعوى كون المستفاد من أدلة اعتبار القبض فيما هو معتبر في صحة العقد أو لزومه اعتبار تأكيد الإيجاب

(١) يشير إلى قوله تعالى في سورة البقرة ٢٨٣ - : « وإن كنتم على سفر ولم

تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » .

والقبول اللفظي بالإيجاب والقبول الفعلي - كما عن شيخنا المرتضى رحمه الله في بعض تحقیقاته الدرسية فالسبب عنده في الرهن ونحوه مما كان القبض معتبراً في صحته أو لزومه مركب من الإيجاب والقبول اللفظي والفعلي، تأكيداً للعقد اللفظي بالمعاطاة الفعلية . وبالجملية ، فلا بد من كون قبض المرتهن عن إقباض الراهن أو إذنه من غير فرق بين القبض الحادث والمستدام ، غير أنه في المستدام بعد الاذن به لا يحتاج الى مضي زمان يمكن فيه تجديد القبض - كما في المسالك عن (التذكرة) مستنداً الى أن القبض إنما يعتبر بعد الرهن ، وهو لا يتم الا باذن ثم الاذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضروراته مضي زمان فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة ، وعلى الزمان بالالتزام .

ولما ازم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الامثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقة ... انتهى .

وفيه : إن مضي الزمان من لوازم حصول القبض وتحققه ، فيعتبر فيه من باب المقدمة ، فلا يعتبر في القبض الحاصل المتحقق .

نعم ، لا يكفي الاذن ، ولو مع مضي زمان يمكن فيه القبض ، فضلاً عن الاذن - وحده - او كان المرهون - منقولاً كان أو غيره غائباً - غيبة لا يصدق معها القبض لو خلي بينه وبينه فيما يكفي فيه ذلك ، فضلاً عما لو كان منقولاً واعتبرنا النقل فيه حتى يحضر المرتهن أو وكيله عند الرهن ويقبضه بما يصدق معه من تحلية أو نقل .

وبعبارة أخرى : لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد غيبة لا يصدق معها القبض لم يصح رهنه صحيحاً بناء على اعتباره في الصحة ، أولاً بناء على اعتباره في اللزوم ، بلا خلاف أجده - كما في الجواهر - (١)

(١) راجع : كتاب الرهن من مجلد المناجر في شرح قول المحقق (لو رهن

ما هو غائب .) ففيه نفس العبارة هذه ، بتغيير بسيط .

بل عن (جامع المقاصد) نسبه الى نص الأصحاب (١)
وهذا مما لا كلام فيه ولا شبهة تعتبره . إنما الكلام في تسويغ حيلة
توجب صحة رهن ما كان غائباً كذلك أو لزومه .

فقد يقال - بل قبل - بصحة رهنه كذلك لو وكل المرتهن الراهن
على قبضه ، فيكون قبضه له بعد عقد الرهن عليه قبضاً عن المرتهن
والمفروض كفاية القبض المستدام مع الاذن في صحة الرهن أو لزومه ، ولا
يعتبر حدوثه بعده .

وفيه - أولاً - ان القبض بعد اعتباره وكونه جزء من السبب يعتبر
فيه ان يكون مقدوراً للقبض ، وفعل من أفعاله الاختيارية وقبض الراهن
في الفرض قبض غير مقدور له لكونه مقهوراً عليه ، فهو من بقاء المال
تحت يده ، لا لبقاء له كذلك .

وثانياً - إن الوكالة إنما تتحقق بأمرين : حدوث فعل ، مع لية
كونه عن الموكل ، إذ لا بد لها من المتعلق . والقبض النائي عن العين المقبوضة
له ، لم يحدث منه فعل حتى ينوي به عن الموكل ، ولا لبابة إلا في فعل
ومجرد قصد الوكالة غير كاف في تحققها .

ومما ذكرنا يتجه الفرق - بل يتضح - بين حضور الرهن عند القابض
وغيبته تمنع عن الصدق ، ضرورة أن دوام القبض في الأول معناه

(١) راجع : كتاب الدين ، المقصد الثاني في الرهن ، المقصد الخامس في
القبض - قال في شرح قول العلامة - في قواعده : ولو رهن الغائب لم يصح رهنه
حتى يقبضه هو أو وكيله - : « هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن
وحيث لا بد في حصول الرهن من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه
لباه عادة ، أو توكيله في القبض لمن كان قريباً بحيث يتمكن منه ، سواء في ذلك
ما ينقل وغيره ، نص على ذلك الأصحاب وغيرهم » .

الابقاء ، وفي الثاني هو البقاء ، والابقاء فعل اختياري بخلاف الثاني حتى لو كان القبض النائي هو المرتهن بأن كان مقبوضاً له قبل رهنه وان احتمل فيه الصحة لكونه مقبوضاً له باذنه بناء على ما تقدم من اعتبار كون للقبض فعلاً اختياريّاً ، فيفرق في القبض المستدام بين ما كان منبثقاً عن الابقاء أو منبثقاً عن البقاء ، فانهم واغتنم .

رِسَالَةٌ

فِي قَائِمَةِ تَلَفِ الْمَسِيحِيِّينَ الْقَبَضَى



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
محمد وأهل بيته المعصومين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن الى
يوم الدين .

مسألة : يظهر من الفقهاء - رضي الله عنهم - اتفاقهم على أن
المبيع الشخصي قبل القبض مضمون على بائعه بالمسمى ، وبعبء ينتقل الضمان
منه الى المشتري ، بل في (التذكرة) : نفي الخلاف فيه - عندنا - وأنه
من ضمان البائع لو تلف قبل القبض (١) وحكاية الإجماع عليه مستفيضة :
والأصل فيه - قبل الإجماع عليه - النبوي المشهور المنلق عندهم
بالقبول : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » (٢) وخبر
عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر
وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله

(١) قال العلامة في (التذكرة ج ١ ، كتاب البيع ، في أحكام القبض) :
« النظر الثالث في حكمه ، وله حكمان انتقال الضمان الى المشتري ، وتسويغ التصرفات
فهنا مطلبان : الأول - الضمان . ولا خلاف - عندنا - في الضمان على البائع قبل القبض
مطلقاً ، فلو تلف - حيثئذ - انفسخ العقد وسقط الثمن : . . . ويكون من ضمان
المشتري : . . . »

(٢) هذا الحديث النبوي تقدم الكلام عنه في هذا الكتاب : ص ٧٦ .

فسرق المتاع من مال آمن يكون ؟ قال - عليه السلام - من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرّده ماله إليه ^(١).

والمراد بصاحب المتاع هو البائع بقربة ذيل الخبر ^(٢)

وهذه الكلية - في الجملة - مما لا كلام فيها . وإنما الكلام يقع في أمور :
الأمر الأول - في كونها : هل هي على القاعدة ، أو جرت على خلافها تبعداً للدليل الدال عليها ، فيجب الجمود فيها - حينئذ - على مودده من المبيع دون الثمن ، فضلاً عن غير البيع من سائر المعاوضات ؟

فنقول : أكثر من تعرض لهذه المسألة - مفصلاً - صرح بأنها جارية على خلاف القاعدة ، لأن القاعدة الأولية - بناء على النقال كل من العوضين إلى ملك الآخر بالعقد - تقتضي ضمان كل منهما لصاحبه أو تلف قبل القبض ببطله الواقعي من المثل أو القيمة ، أن لم نقل بكون يده يد أمانة لا بالمسمى وكونه نالفاً من المشتري ^(٣) ، وضمانه باليد لعموم دليله ، لامن ضمان المعاوضة ، لكن لما دل الدليل على كون التلف قبله من مال البائع الظاهر

(١) تقدم الكلام عن هذا الخبر - آنفاً - في أوائل هذه الرسالة . وراجعده - أيضاً - في وسائل الشيعة لأحرر العاملي ، أبواب الخيار ، باب أن المبيع إذا تلف قبل القبض (٢) وهو قوله - عليه السلام - « فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرّده ماله إليه » .

(٣) يعني وتقتضي القاعدة كون المبيع نالفاً من المشتري وكون ضمانه على البائع باليد لعموم النبوي المشهور : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » بمعنى أن على ذي اليد ما استولى عليه من مال الغير بضمه له ويتحمل تبعاته من حفظه عن التلف وتدارك نقصه وضمان منافعه النالفة تحت يده إلى أن يؤديه إلى مالكه ، فإن تعذر عليه أدائه لتلفه أو ما هو بمنزلة في عدم إمكان أدائه ضمنه بمثله أو قيمته .

في كونه مالاً له عند التلف بمعونة ظهور (من) فيه للتبعض ، وإلا فبعد التلف لا يتعقل انصافه بكونه مالاً له ، وجب الحكم بانفساخ العقد قبل التلف بجزء لا يتجزأ من الزمان تصحيحاً لصدق كونه تالفاً من البائع ، ومثل ذلك في سبق الدخول في الملك أنا ما غير عزيز في الشرع ، كما التزموا به (١) فيمن اشترى أحد عموديه ، وفي نحو (أعتق عبدك عني) (٢) وكدخول

(١) الملتزم بذلك : هو المشهور جمعاً بين الأخبار السدال بعضها على ترتيب الاعتناق على الملك الظاهر في الترتيب الزمني لا مجرد الترتيب الطبيعي : منها ما رواه الشيخ - قدس سره - في (التهذيب) عن محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال : « إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمته أو خالته اعتقوا » الخ. وما رواه عن كليب الاسدي قال : « سألت أبا عبد الله عن الرجل يملك أبويه وإخوته ؟ فقال - عليه السلام - : ان ملك الأبوين فقد عتقا ، الى غير ذلك من الروايات بهذا المضمون الظاهرة في ترتيب العتق على الملك زماناً . نعم بعضها الآخر ينفي أصل الملكية في العمودين وبعض ذوي الأرحام كرواية عبيد بن زرارة المروية في (التهذيب) أيضاً قال : « سألت أبا عبد الله عما يملك الرجل ؟ فقال - عليه السلام - : لا يملك والديه ولا ولده ولا اخته ولا عمته ولا خالته » الخ. وفي (التهذيب) أيضاً عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « لا يملك الرجل والديه ولا ولده » الى غير ذلك مما هو بهذا المضمون من نفي أصل الملك. والمشهور حملوا هذه الرواية على نفي الملكية المستقرة وتلك على ثبوت الملكية المستعينة للانعقاد وهو معنى الملكية الآتية ، جمعاً بينهما ، مضافاً الى النبوي المشهور : « لا عتق الا في ملك (أو بعد ملك) وميأتي في باب المعاطاة في الدليل الأول من أدلة إفادتها الملك استضعاف سيدها المصنف - قدس سره - ذلك ، واختياراً تقريب آخر للجمع بينهما ، وبأني من : استظهار ما اختاره المشهور في الجمع بعد ذكر مجموع ما عثرنا عليه من الروايات لقرائن فيها تؤيد ذلك : (٢) هذا من موارد استيفاء مال الغير بامر معاملي عند استجابة الأمور لامر الأمر توضيح ذلك : ان من طلب من غيره صرف ماله أو عمله في سبيله ومصلحته =

= فيما اذا كان المطلوب صالحا لوقوعه عن الغير بأن كان قابلا للتبرع به عنه فإنه هامر الأمر وطلبه من المأمور لإيجاده واستجابة المأمور لما طلبه منه غير قاصد للتبرع به عنه وبذلك له مجاناً، يدخل المال في ملك الأمر ثم ينصرف الى وجهه الذي أراده الأمر من مالكة ويضمنه الأمر بما عينه له من العوض ومع عدم التعيين يضمنه بمثلته أو قيمته. بيان ذلك : ان الضمان تارة يكون له أطراف أربعة : ضامن ومضمون ومضمون عنه ومضمون له ، وهو الضمان العقدي الموجب لانقضاء ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وأخرى - يكون له أطراف ثلاثة - ضامن ومضمون ومضمون له . وهذا على قسمين : فتارة يكون بحكم الشارع المقدس وتغريم منه للضامن بالتزامه بتدارك المضمون عند تلفه أو اتلافه بمثلته أو قيمته ، ويسمى ضمان غرامة كالحاصل باليد العادية على مال الغير أو باتلافه ، وأخرى - يكون باقدام وتعهد من الضامن والتزام منه بتدارك المضمون للمضمون له عند استيفائه منه ببدله سواء سماه له وعينه عند الالتزام والتعهد أم لم يعين بدله بل التزم له بضمان الاستوفاء بمثلته أو قيمته بل ولو لم يصرح له بتداركه له بل كان منه مجرد امر واستدعاء لما طلبه منه كما لو قال له : أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني ، ولم يقل : وعلي ضمانه هكذا ، فلو استجاب مالك العبد أو المال واعتق أو تصدق عنه غير قاصد به التبرع بضمنه الأمر بالمثل أو القيمة. وعلى كل فالضمان بالاستدعاء والأمر المعاملي ليس كالقسم السابق مما كان بتغريم وطرح من الشارع المقدس أعني الضمان باليسد والانلاف لا يقتضي دخول المضمون في ملك الضامن قبل التلف بأن ما وان قيل به ايضاً لكنه بخلاف المشهور حيث لا موجب له بخلاف الضمان بالاستيفاء فإنه ضمان معاوضي ومقتضاه دخول المضمون في ملك الضامن عند استيفائه له ولو بأن ما ، عوضاً عما يخرج من ملكه الى المضمون له من بدله سواء كان بدله مهيئاً أم كان هو المثل أو القيمة. نعم يبقى شيء وهو بيان المدرك لصحة الضمان بالاستيفاء ومشر وعينه . =

ج ١ تخصيص كلبية ضمان المبيع قبل قبضه ، واستعراض الخلاف في ذلك ١٥٣

الدية في ملك الميت قبل موته بأن ما (١) وحيث كان مفاد الدليل عندهم ذلك ، وكان انحصار من القاعدة ، التزموا بتخصيصها به .

== فنقول : مضافا إلى تسالم الأصحاب وعدم خلافهم في أصل صحته يمكن القول بكونه مشمولاً لأية (التجارة عن تراض) فإنه كسب وتكسب من الضامن والمضمون له فإن الضامن بالامر المعاملي يكسب المال او العمل من المضمون له بما تعهده له من العرض والمضمون له يكسب ماتعهده الضامن له من بدله ولم يكن الضمان بالزام وتغريم من الشارع بل باقدام واختيار من المتضامنين وبالجملة ، فهو من التجارة عن تراض .

نعم قد يشكك بان المعاملة المذكورة غالباً لم يعين الضامن عوضها وقيمة المضمون في الغالب لم تكن معلومة للمتضامنين حين المعاملة فالمعاملة غرورية ، وقد نهى النبي (ص) عن الغرر .

ويمكن ان يجاب عنه بان دليل الغرر ليس من العمومات غير القابلة للتخصيص فان تم الاتفاق على صحة المعاملة المذكورة مطلقاً كما هو الظاهر يخصص دليل الغرر بالاجماع في المقام .

(١) قوله : « وكندخول الدية في ملك الميت قبل موته ، انما التزم الاصحاب بدخول الدية في ملك الميت قبل موته بأن ما لاحد أمرين على سبيل منع الخلو : اما للوجه الاعتباري وهو أن الدية عوض لنفس الميت التي أزهقها القاتل ، وحيث كان الميت - حال الحياة - مالكا لنفسه فيملك عوضها بأن ما قبل موته ، واما للروايات المستفاد منها أنها ميراث ومترك منه للوارث ولازم ذلك كونها مملوكة له عند الموت وان الوارث يتلقى الملك من مورثه وذلك كخبر اسحق عن الصادق - عليه السلام - : « إن رسول الله (ص) قال : اذا قبلت دية العمد وصارت مالا فهي ميراث كسائر الاموال » وكخبر يحيى الأزرق عن الكاظم - عليه السلام - : (في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله ، عليهم أن =

قلت : ان مذكروه مبني على أن مفاد العقد ليس إلا التملك بازاء التملك وأن وجوب القبض إنما هو لكونه ملك الغير فوجب تسليمه الى مالكه ، لا لاقتضاء عقد المعاوضة ذلك :

وفيه - مضافاً الى ما يلزمهم من محذور لزوم تقدم المعلوم على عاقبه بعد أن كان الانفساخ مسبباً عن التلف بعينه - وقياسه باجازة الفضولي بناء على الكشف ، قياس مسح الفارق ، لإمكان دعوى كون الشرط في الاجازة هو تعقب العقد بها ، وهو مقارن للعقد ، وليس في المقام ما يصلح أن يكون معقباً بالتلف حتى يصح أن يكون علة للانفساخ ، ولا يتوهم - هنا - كون السبب هو العقد المعقب - أيضاً - لأن مدخلية التلف في التأثير تضاد أثر العقد ومفاده ، فكيف يمكن تركيب السبب منها ، بخلاف الاجازة التي ليس معناها إلا إتمام مفاد العقد ، وارجاع شرطية التلف الى شرطية بقاء العين الى القبض في اللزوم ، فيه من التكلف مالا يخفى وصدق الرجوع والانفساخ ، وان توقف على سبق الملك بالعقد إلا أن استناده لا يمكن الى العقد ، أو ما يتركب منه ومن غيره ومع ذلك لا ينفك عن لزوم الحال من تأخر المعلوم عن علته التامة بالزمان ، بناء على ما هو المسلم عندهم من الانفساخ من حينه لامن حين العقد ، ولذلك كان القول بشرطية التعقب بالاجازة مبنيّاً على القول بأنها كاشفة لانقضاء .

= يقضوا دينه ؟ قال - عليه السلام - نعم قال وهو لم يترك ، قال : إلهي أخذوا الدية فعليه أن يقضوا دينه » وفي خبر السكوني عن أمير المؤمنين - عليه السلام - « من أوصى بثلاثه ثم قتل خطأ فإن ثلث دينه داخل في وصيته » وفي خبر محمد بن قيس : « أنه - عليه السلام - قضى في وصية رجل قتل انها تنفذ من ماله ودينه » وفي صحيح ابن سنان « قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - ان الدية يرثها الورثة الا الاخوة والاخوات من الام فانهم لا يرثون من الدية شيئاً » إلى غير ذلك من النصوص -

أنه لا ملازمة بين التعبير بكونه من مال البائع ، والقول بالانفساخ فضلاً عن سبقه على التلف حتى يلتزم به ، إذ كما يمكن ذلك تصحيحاً للصدق كذلك يمكن أن يكون كذابة عن إرادة كونه تائفاً عليه بلا عوض له فأشبهه بماله الذي لو تلف عنده كان التلف عليه وخسرانه منه . وهذا المعنى يكفى - أيضاً - في تحقق الصدق المذكور عليه ، وإن كان الأول هو الأظهر من العبارة ، إلا أن الثاني يمكن ترجيحه عليه بوجوه من المرجحات (١) وعليه ، فيمكن القول بانفساخ العقد وحله بالتلف ، لكن من حيثه لاقبله ، فتكون مخالفتها للقاعدة - التي مقتضاها : لزوم العقد - من حيث الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى ماله الأول ، أو القول بلزوم العقد وعدم انفساخه الموجب لكون المبيع مضموناً ببده الواقعي من المثل أو القيمة ، غير أنه بعد قيام الدليل على كونه مضموناً بالمسمى خرجنا به عن القاعدة التي مقتضاها ضمان كل شيء ببده الواقعي ، وحينئذ فلا حل للعقد ولا انفساخ ، بل رجوع الثمن - حينئذ - الى المشتري إنما هو من باب

(١) لعل الوجه في ترجيحه على الأول هو سلامته من محذور تقدم المعلول على علته واستلزام التخلص منه لما لا يتخلو عن تكلف ولزوم محال كما أشار إليه سيدنا - قدس سره - مضافاً الى أن الالتزام بالمعنى الثاني للنهي يمكن مع القول بلزوم العقد الموافق لأصالة اللزوم منه وعدم انفساخه المقضي لكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة غير أنه في المقام قيام الدليل على كونه مضموناً بالمسمى خرجنا به عن القاعدة المقترضة لضمان كل شيء ببده الواقعي وعليه فرجوع الثمن المملوك للبائع بالعقد الى المشتري إنما هو بدل وغرامة لما تلف من ملكه في يد البائع التي هي يد ضمان على الفرض لامن حيث انفساخ العقد ورجوع كل ملك الى مالكه قبل العقد كما هو مقتضى المعنى الاول للنهي فتأمل جيداً .

الغرامة والبدلية عما تلف من ملكه ، ولم يقع الانفساخ في متن رواية أو معقد لإجماع حتى يلتزم به ، وإن وقع التعبير به عن الأكثر ، إلا أنه استنباط منهم من ظهور التعبير الواقع في الحديث وغيره في ذلك الممكن لإرادة ما ذكرناه منه ، بل هذا هو الأنسب باطلاق الضمان عليه ومرجعه في مخالفته للقاعدة الى عدم إمضاء الشارع في المقام لما هو المحمول بدلا عن التالف عند العرف والعقلاء يجعله الثمن المملوك للبائع بخصوصه بدلا عن المبيع التالف قبل القبض ، والالتزام بذلك اولى من رفع اليد عن الأدلة الدالة على لزوم العقد ووجوب الوفاء به إذ ليس هو إلا عدم تقرير وإمضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاء في خصوص المقام من جعل البذل .

وتظهر الثمرة بينه وبين القول بالانفساخ قبل التالف - أو من حينه - فيما لو عاد التالف بالفرض ، أو ما يحكمه من السرقة ونحوها ، بناء على إلحاقه بالتلف في الحكم ، فإنه يرجع كل من العوضين على الأخير الى ملكه بالعقد كما أخذ بدلا عن الحيلولة ، ولا يرجع على الأول ، لانفساخ العقد وحله ، وعوده موقوف على معاوضة جديدة .

هذا ، وما ذكرنا كله جريا منا على مذاق من ينى على كون الحكم بذلك على خلاف القاعدة ، وإلا فالأظهر - عندي - كما عليه غير واحد من الأصحاب - موافقته لما ، بعد أن كان مقتضى العقد هو تسليط كل من المتعاقدين صاحبه على ما كان مسلطاً عليه من تبديل سلطنة بسلطنة في المتعلق الموجب لحصول الربط بين العوضين ربط البدلية ، بحيث يقوم كل منهما مقام الآخر في تعلق السلطنة الفعلية به وحيث كان مفاد العقد ذلك وجب على كل من المتعاقدين إيجاد ما هو عليه بعد العقد من التمكين الذي هو بمنزلة الجزء الأخير من العلة التامة لحصول التسليط الفعلي ، وحيث أنه فوجوب القبض والتسليم إنما هو من شؤون العقد ومقتضياته ، ولذا جاز

ج ١ بيان الثمرة بين القول بضمان البائع في تلف المبيع والقول بانفساخ العقد ١٥٧

لكل منهما الامتناع عن التسليم حتى يحصل التقابض ، ولو بالرجوع الى الحاكم عند الشاح ،

وعليه ، فبالتلف يتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بتمام مقتضى

للعقد (١)

(١) وبتقريب آخر : أن كلاً من المتعاقدين كما يلتزم للآخر بالمبادلة بين المائتين في عالم الاعتبار الذي هو المدلول المطابق لانشائه كذلك يلتزم له بالمبادلة الخارجية ، وهي : إعطاء ماخرج من ملكه اليه بدلاً عما بأخذه منه ، ومرجع ذلك الى التزامه بتسليم ما سماه لصاحبه في عقد المعاوضة بدلاً عما يتسلمه منه ، فإذا خرج المسمى في العقد عن صلاحية كونه بدلاً وعوضاً عما يتسلمه منه لتلفه أو ما هو بمنزلة التلف - كصيرورة العبد حراً بسبب الزمانة والاقعاد ، وكسرقه المتاع مع عدم معرفة السارق ، أو غصب الظالم له بنحو لا يرجي عوده ، ونحو ذلك - يخرج عوضه عن البدلية ، ويرجع الى ملك المالك ، فيرجع المعوض والمبدل أيضاً الى المالك وهو معنى الانفساخ .

لأن المعاوضة والمبادلة المقنضتين لخروج المعوض عن ملك من دخل العوض في ملكه ، ودخوله في ملك من خرج العوض عن ملكه الى مالك المعوض بطلانها مقنض للعكس ، أعني : دخول ماخرج ، وخروج ما دخل ، فإذا دخل الثمن في ملك المشتري - مثلاً - فلا بد من خروج الثمن عن ملكه ، إذ لا يمكن الجمع بين العوض والمعوض ، فتتفسخ المعاوضة ويرجع كل من العوضين الى مالكه الأصلي . فان قلت : سلمنا أن الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى مالكه الأصلي على طبق القاعدة ، ولكن رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آناً تعبد صرف بمقتضى ظاهر قوله (ص) : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائنه » فان ظاهره كون التلف يقع في ملك البائع وان المبيع عند تلفه يكون من أمواله ، وانفساخ المعاملة ورجوع المبيع الى ملك البائع اذا كان مسبباً عن التلف ومعلولاً له كيف =

= بتقديم عليه ؟ فلا بد أن يكون ذلك على خلاف القاعدة بل هو تعبد محض .

قلت : يمكن أن يكون ذلك أيضاً على طبق القاعدة وأن المعاوضة تقتضي ذلك ، بأن يكون التلف كاشفاً عن انفساخها لاعلة له ، فان عقد المعاوضة اذا كان مقتضاه ضمان المسمى فيه بعوضه المجهول في العقد لا يهدله الواقعي من المثل أو القيمة ، وكان لازم انفساخها رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأصلي ، ومقتضاه رجوع المثل إلى البائع وبعد تلفه غير صالح للرجوع ، إذ لا قابلية له للعوضية ، وبطلان المعاوضة - كما ذكرنا - مقتضاه دخول ماخرج ، فمع عدم صلاحية الدخول بعد التلف لكونه معدوماً لا يهد من الالتزام بما هو صالح للرجوع إلى البائع ودخوله في ملكه ، والصالح للرجوع والدخول في ملك البائع إنما هو المبيع قبل تلفه ولو آنأماً ، وهو معنى كون التلف كاشفاً عن الرجوع ، لاعلة له .

ثم إنه - بناء على ما تبين : من أن مقتضى المعاوضة والمبادلة بين المائتين مع إمضاء الشارع لها ، هو انفساخها بتلف كل من العوضين قبل التسليم ، فلا فرق بين تلف المثل وبين تلف الثمن ، وبين المبيع وبين غيره من سائر المعاوضات . نعم ، لو قلنا : بأن الانفساخ ورجوع المبيع إلى ملك مالكة الأصلي على خلاف القاعدة ، بل شخص التعبد للنبي المشهور المتلقى بالقبول ، وخبر عقبة بن خالد :

فالتعدي عن البيع إلى سائر المعاوضات وادعاء أن المناط هو المعاوضة مشكل ، إذ المناط غير منقح بل هو من شم الفقاهة :

نعم ، الظاهر عدم الفرق بين تلف المبيع وبين تلف الثمن ، إذ النبوي - وإن اختص بتلف المبيع - لكن رواية عقبة بن خالد =

= ظاهرة في سرابة الضمان المعاوضي الثابت على البائع الى الثمن - ايضاً -
فانه (عليه السلام) في صدر جواب سؤال السائل بقوله : « فسرقة المتاع
من مال من يكون ؟ » قال (ع) « من مال صاحب المتاع الذي هو في
بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته » فيكون مفاده كالنبوي من حيث
الضمان ، وكون الثالف مضموناً على البائع ببذله المسمى وكون تلفه موجباً
لأنفساخ المعاوضة ورجوع كل من العرضين الى ملك مالكه ، فان ظاهر
قوله (ع) : « من مال صاحب المتاع » كونه مضموناً ببذله المسمى في
الاشتراء ، فسرقته المنزلة منزلة تلفه موجبة لأنفساخ المعاوضة .

وبالجملة ، فظاهر جواب الامام - عليه السلام - كون ضمان صاحب
المتاع البائع له : ضماناً معاوضياً ، فقوله - عليه السلام - بعد ذلك : « فاذا
أخرج من بيته » الذي هو كناية عن إقباضه للمشتري ، فالمتاع - أي
المشتري - ضامن لحقه ، أي : حق البائع ، وهو الثمن حتى يرد اليه
ماله - (١) لا بد أن يراد من ضمان المشتري للثمن : الضمان المعاوضي - ايضاً -
الذي مقتضاه : كون تلفه قبل الرد موجباً لأنفساخ المعاوضة وعوده الى
ملك مالكه الأصلي ، وهو المشتري كضمان البائع للمتاع قبل الاقباض
واحتمال - كون ضمان المتاع للثمن من قبيل ضمان اليد ، لا المعاوضي -
بعيد غاية :

(١) قوله « حتى يرد اليه ماله » يمكن أن تكون كلمة يرد مضارع رد ، يعني
ان المشتري ضامن للثمن حتى يدفعه ويوصله الى البائع ، ويمكن أن تكون مضارع
ورد ، ولعله الانسب ، يعني ان المشتري ضامن للبائع حقه وهو الثمن حتى يصل الى
البائع ماله من الثمن :

وبالجملة ، فالقبض شرط في الخروج عن ضمان المعاوضة في جميع عقود المعاوضات ، فيجري مثل تلف المبيع قبل القبض تلف المنفعة قبله في الإجارة بتلف العين بعد مدتها فتتفسخ الإجارة - على المختار - وتكون المنفعة مضمومة بقيمتها - على القول الآخر - اقتصاراً فيما خالف الأصل عندهم على مورد الدليل من البيع دون غيره .

وليس من الحكم بذلك : ما لو تلفت العين المستأجرة قبل القبض مع انقضاء مدة الإيجار لا يمكن فيها الانقاع ، أو بعده - بلا فصل - كذلك فإن الحكم ببطالان الإجارة في صورتين مستند إلى تعذر التسليم لكون القدرة عليه شرطاً في صحة العقد - بالاتفاق - ولذا اتفقوا على بطلان الإجارة - هنا - وإن اختلفوا في كون مسألة تلف المبيع قبل القبض على القاعدة أو على خلافها .

فمن الغريب توهم بعض الأصاطين في استناد حكمهم بالبطلان - هنا - إلى ماورد في البيع : من الدليل على الانقاسخ فيما لو تلف المبيع قبل القبض .

وها نحن نتلو عليك جملة من عباراتهم الكيلا تغفل عن مستند الحكم : قال في (الجواهر) - في شرح قول مصنفه : ولو استأجر شيئاً فتلف قبل قبضه بطلت الإجارة ما لفظه - : « ... لا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في محكي (التذكرة) افحوى ما دل عليه في البيع : من النبوي ، وخبر عقبة ، وغيرهما ، بل ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين ، وإن المنفعة هنا بمنزلة المبيع ، والأجرة بمنزلة الثمن ، ومن هنا يتجه جريان جميع ما تقدم هناك في المقام كالبحت عن تلف الثمن المعين ... » (١)

(١) راجع : كتاب المتاجر منه ، كتاب الإجارة تحت عنوان شرائط الإجارة الرابع - أن تكون المنفعة معلومة .

ج ١ تلف المنفعة قبل القبض موجب للضمان في الاجارة ، لا تلف العين المستأجرة ١٦١

وقال الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) - في شرح قوله : ولو طرأ المنع . فان كان قبل القبض فله الفسخ - مانصه : « المنع الطارئ » على المنفعة بعد العقد عليها وقبل قبضها إن كان بتلف سحاوي بطلت الاجارة وليس مراداً من العبارة ، لحكمه بثبوت خيار الفسخ مع أن الثابت بالتلف هو الانفساخ لكون المنفعة بمنزلة المبيع التالف قبل القبض في الضمان ، وانفساخ العقد - فلا خلاف كما في التذكرة ، وظاهره نفيه بين المسلمين ، بل في (السرائر) وغيره : الاجماع عليه صريحاً ، واولاه لأشكل الحال في تعدية الحكم من البيع الى الاجارة ، لوجود النص في الأول ، وفقدانه في الثاني - إلى أن قال بعد منع الدليل عليه هنا - فالعمدة الاجماع في المقام (١) وقال جسدنا في (الرياض) : « ولو تلفت العين المدين في العقد استيفاء المنفعة منها قبل القبض أو بعده بلا فصل ، أو امتنع المؤجر عن التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة بلا خلاف في الأولين في الظاهر ، وبه صرح في (التنقيح) قبل : لقوات المتعلق ، فتكون كتلف المبيع قبل قبضه ، واستيفاء المنفعة هنا بنهاها قائم مقام القبض في المبيع ، كما أن استيفاء بعضه كقبض بعضه ، ولولا الاتفاق على هذا الحكم لأمكن المناقشة فيه على إطلاقه ، بل مطلقاً ، بخلافته الأصل الدال على لزوم الأجرة وانتقال المنفعة الى ملك المستأجر بمجرد العقد . فرجوع كل منها الى مالكتها الأول مخالف للأصل ، ولا دليل عليه سوى القياس على المبيع ، وهو فاسد

(١) عرفت - آنفاً ص ١٢٤ - : أن الصحيح (شرح اللمعة) لاشرح اللمعة والروضة معاً ، فان الفاضل الجواد بن الشيخ محمد تقي المعروف به (ملا كتاب) ليس له إلا شرح اللمعة للشهيد الأول . ويؤيد ذلك - هنا - أن هذه الجملة (ولو طرأ) التي أشار اليها سيدنا المصنف ، هي نص عبارة الشهيد الأول في اللمعة في أوائل كتاب الاجارة فراجع .

بعد اختصاص الدليل به (١).

وقال في (الحمدائق) : « الثالث عشر - لو استأجرت شيئاً فعرض له التلف : فاما أن يكون للجبيع أو البعض قبل القبض أو بعده ، أو لم يعرض له التلف - الى أن قال : - الأولى - أن تلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة لأن استيفاء المنفعة أحد العرضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة - هنا - كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع » (٢).

وقال في (المسالك) - في شرح ما تقدم من عبارة مصنفه - : « المراد بالتلف المعين في عقد الاجارة استيفاء المنفعة منه ، كما يرشد اليه ظاهر العبارة ، وبطلان الاجارة - حيثئذ - واضح ، لأنه أحد العرضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالببيع ، والاستيفاء - هاهنا - للمنفعة بتمامها ، فائم مقام القبض في المبيع ... » (٣).

وقال في (التذكرة) : « مسألة - إذا فأت المنفعة بالكابة حساً انفسخ العقد ولا خيار للمستأجر ، كما لو استأجر دابة معينة لركوب فأت أو استأجر للخدمة أجيراً معيناً فأت ، فإن كان قبل القبض انفسخ العقد بلا خلاف تعلمه ، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه ، فأشبهه ماله تلف المبيع قبل قبضه ، وكذا إن كان عقب القبض بلا فصل قبل مضي مدة

(١) راجع : الجزء الثاني منه : كتاب الاجارة ، بعنوان : بطلان الاجارة

لو امتنع عن التسليم .

(٢) راجع منه كتاب الاجارة ، المطاب الثالث في الأحكام ، وفيه مسائل :

الثلاثة عشرة ...

(٣) راجع : كتاب الاجارة منه في شرائطها - كما عرفت آنفاً - .

ج ١ تحقيق وعرض نواحي بعض الاساطيل في الضمان عند تلف العين المستأجرة ١٦٣

لمثلها أجرة ، فإن الاجارة تفسخ ، وتسقط الاجرة - أيضا - في قول
عامة الفقهاء (١) انتهى .

ومشأ نواحيهم في مسئلة الحكم بذلك : هو صدق عنوان التلف قول
القبض مع الغلبة عن استناد بعض صور الى فقدان القدرة على التسليم
الموفق على اعتبارها في صحة العقد .

اذا عرفت ذلك ، فنقول : فتقبح المسألة هو أن يقال : تلف العين
المستأجرة : إما أن يكون قبل القبض ، أو بعده . وعلى التقديرين : فإما
أن يكون التلف بعد انتهاء مدة الاجارة ، أو في أثناءها ، أو قبل مضي
شيء منها يمكن الانتفاع فيه ، فهنا صور :

الأولى - أن يكون التلف قبل القبض ، ولكن بعد انتهاء مدة الاجارة
ففي هذه الصورة تحكم بالفساخ الاجارة ورجوع الأجرة الى المستأجر ،
نظير الحكم في تلف المبيع قبل القبض بالانفساخ ورجوع الثمن الى المشتري
إن قلنا به على القاعدة ، وإلا فالمنفعة مضمونة على المؤجر بقيمتها للمستأجر
لفقدان الدليل على الضمان بالمسمى في الاجارة .

الثانية - لو كان التلف في أثناء المدة ، ولكن قبل القبض أيضاً
فحكمها حكم تلف بعض المبيع قبل القبض ، فإن المنفعة كالمبيع والأجرة
كالثمن ، وتعرف حكمها .

الثالثة - لو كان التلف قبل القبض ، ولما ينقض زمان يمكن فيه
القبض . وهذه الصورة كالصورة :

الرابعة - وهي إذا كان التلف بعد القبض بلا فصل في الحكم بهطلان
العقد من أصله ، لعدم التسليم فيها ، لا للتبوي ، وغيره في البيع .

(١) راجع : المجلد الثاني ، كتاب الإجارة ، فصل في المدة والضمان ، البحث
الثاني - في قرات المنفعة بالكلية حساً ، مسألة ...

الخامسة - ما اذا كان التلف بعد القبض لكن في أثناء المدة .
 السادسة - ما اذا كان التلف بعدهما ، والحكم فيها واحد من حيث استحقاق الأجرة الى حين التلف ، غير أنه يستحق من الأجرة الى حين التلف في الأولى لكونه مقبوضاً له ، والتلف في الاثناء يكشف عن تعذر التسليم فيما بقي من المدة ، وفي الأخيرة يستحق الأجرة بتمامها لكون المنفعة بحملتها مقبوضة له ، وان لم يستوفها في تمام المدة أو في بعضها . هذا ، ولعلم أن قبض المنفعة يصدق - عرفاً - بقبض العين ، وان كان حصولها بالتدريج ، فللمؤجر مطالبة الأجرة بمجرد تسليم العين الى المستأجر ولا كذلك في الأجير على عمل ، فليس له مطالبة الأجرة إلا بعد إيجاد العمل وان ملكها بالعقد ، والفرق : ان اليد على العين - عرفاً - بد على منافعها ، فتكون المنافع - بأجمعها وان تجدد حصولها - تحت يده عرفاً لكن بشرط بقاء العين المحرز عندهم باصالة السلامة من التلف واستصحاب بقائها ، ولذا كانت منافع العبد المملوك مضمونة على من حبسه ، وان لم ينتفع بخدمته ، وحيث لا يد على الأجير الحر لا يكون عمله مقبوضاً للمستأجر وتحت يده إلا بعد إيجادها ، فليس له مطالبة الأجرة قبله ، وان ملكها بالعقد ، ولذا لا تكون منافع الحر المحبوس مضمونة على حابسه ، إذ لا يد له عليه حتى يكون له يد على منافعه .

نعم ، لو حبس الأجير على عمل مشخص بمدة مخصوصة كيوم مخصوص غير المستأجر ضمن الحابس منفعة الخصوصية ، لصدق الاتفاق عليه - عرفاً - بعد تموله عندهم :

ولعل فيما ذكرنا - : من الفرق بين الأجير ومؤجر العين في صدق قبض المنفعة وعدمه مع تملك كل منهما الأجرة بالعقد - شهادة أيضاً على ماقويناه : من كون القبض من مقتضيات العقد في سائر عقود المعاوضات .

ج ١ موارد الضمان والقبض فيما لو كان المبيع بعضاً من كل ، أو كلياً في الذمة ١٦٥

الأمر الثاني - لو كان المبيع بعضاً من جملة معينة : فاما أن يكون معبراً عنه بأحد الكسور التسع كالنصف والثالث والرابع - مثلاً - من صبرة معينة ، أو يكون معبراً عنه بمقدار مخصوص وزناً أو كيلاً كوزنة منها أو قفيز .

فان كان الأول ، كان المبيع مشاعاً ، ويتحقق قبضه بقبض الجميع ضمناً . فاذا تلف الكل بعد قبضه كان من ضمان المشتري ، لأنه تلف بعد قبضه ، ولو تلف بعضه كان التالف منها بالنسبة .

وان كان الثاني ، ففي تحقق قبضه بقبض الجميع ليتخير منه اشكال بنشأ : من الابهام وعدم تعيين المبيع إلا بعد تهيئته ، فلم يكن مقبوضاً بعنوانه ، ومن انحصاره في المعين الخارجي فلا يخرج عن كونه مقبوضاً بقبض الجميع . فعلى الأول ، لو تلف الجميع الفسخ العقد وكان من ضمان البائع لأنه من التلف قبل القبض بالفرض ، ولا يفسخ لو تلف بعضه إن كان الباقي بمقدار المبيع ، ولا يفسخ على الثاني مطلقاً وان تلف جميعه لكونه بالفرض من التلف بعد القبض الموجب لانتقال الضمان به من البائع الى المشتري .

الأمر الثالث - لو كان المبيع كلياً في الذمة ، فدفع الى المشتري أكثر من حقه مقداراً أو مصداقاً ليتخير منه ، ففي تعيين الحق في المدفوع لكون التعيين بسد الديون - وفد عينه في الجملة - وان كان بعد مبهماً فيه ، وعدمه : وجهان : وعلى الاول - ففي حصول قبضه بقبض المجموع لاشتماله عليه ، وعدمه لابهامه بعد - بالفرض : الاشكال المتقدم . وحكم ماله تلف جميعه في يده - من حيث كونه من ضمانه أو من ضمان البائع - يعرف مما تقدم :

هذا ، ويحتمل تنزيل ذلك على الاشاعة بعد فرض التعيين في المدفوع

فيكون مقبوضاً بقبض المبيع ، كما صرح به رواية محمد بن مسلم في الضعيف عن الباقر - عليه السلام - قال : « سأله عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان ، فقال للمشتري : اذهب بهما ، فاخسر أيهما شئت ورد الآخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبى أحدهما من عنده ؟ قال : أبرء الذي عنده منهما ويقبض نصف الأمر مما أعطى من البائع ، ويذهب في طلب الغلام فإن وجدته ، اخذت أيهما شاء ، ورد النصف الذي أخذ ، وإن لم يجد كان السيد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » (١) ونحو ذلك خبر السكوني عن الصادق - عليه السلام - (٢) والمبيع في الخبر محمول على كلي في الذمة موصوف بما ترتفع به الجهالة وكل من العبدین مصداق لما ينطبق عليه المبيع الكلي ، وإلا فأحد العبدین لو كان مبيعاً لبطل العقد لابهامه .

إلا أن الروایتين - مع ضعف سندهما (٣) وعدم معلومية الجاور لها - وإن نسب الشبهان في (الدروس ، والروضات) إلى الأكثر العمل بها ،

(١) سند الرواية - كما في الرسائل كتاب التجارة ، أبواب بيع الحيوان ، باب ١٦ حكم من اشترى عبداً ... هكذا : محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ، ... الخ (٢) وسنده - كما في الرسائل نفس الباب الآنف - هكذا : عن الصادق عن علي بن ابراهيم عن هاشم عن النوفلي عن السكوني .

(٣) وأعل الضعف المشار إليه في المتن من جانب ابن أبي حبيب ، وهو بكر - في الرواية الأولى - فقد ذكره الشيخ في (رجاله - في أصحاب الصادق عليه السلام -) ولم يوثقه . وأما النجاشي فلم يذكره في كتاب رجاله . ومن جانب السكوني ، وهو اسماعيل بن أبي زياد ، في الرواية الثانية حيث لم يرد فيه من الشيخ والنجاشي توثيق بل ذكراه في كتابيهما بلا تعرض لذلك .

ج ١ تحقيق في تضعيف الروايات التي استندوا اليها في تصحيح بيع الكلي في الذمة ١٦٧

إلا أن غير واحد أنكر النسبة المذكورة - واضطراب متليها - فيها إشكال من وجوه :

الأول - أن ظاهرها تعين الكلي في الذمة في العبدن المقبوضين بتعيينه فيها ، مع أن تشخيص مافي الذمة في الكلي الخارجي في حيز المنع .
الثاني - أنها صرحت بالإشاعة الموجبة لكون ملك المشتري نصفاً من كل من العبدن ، ومقتضاها عدم استرداد نصف الثمن لكون المبيع مقبوضاً بحمله في ضمن الكل ، فالتالف منها ، وتلف حقه فيه من ضمانه لأنه من التالف بعد القبض ، والموجود لها ، وحقه فيه مقبوض له موجود عنده فلا وجه لاسترداد نصف الثمن .

الثالث - أنها حكمت باسترداد نصف الثمن ، وهو يتأني الإشاعة وموجب لعدمها ، وعليه فتعين حقه في الموجود من العبدن لخروج التالف عن قابلية تشخيص المبيع فيه ، كبيع صاع من صبرة معينة ، فإن المبيع ينحصر في الباقي منها ، وإن كان صاعاً واحداً والتالف كله من البائع ، وهو مناف لذيل الخبر ، وهو قوله عليه السلام : « وكان العبد بيننا نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » الصريح في الإشاعة وكون التالف منها والمرجود لها .

الرابع - على الإشاعة يتأني رجوع التخيير بعد وجدان الآبق إلا بعمل الاختيار كالقسمة ، وهو ممنوع :

ومن ثم لم يعمل بهما أكثر المتأخرين ، حتى أن صاحب الحيداني رجع في المسألة الى ما تقتضيه القواعد بعد طرح الخبر من جهة المخالفة لها . اللهم الا أن يتكلف في الجواب عن ذلك كانه : أما عن الاول فيمنع امتناع تشخيص مافي الذمة في الكلي الخارجي - مطلقاً - بعد أن كان التعيين بنظر المديون فكما له التعيين في ضمن فرد ، له التعيين في

ضمن أفراد مخصوصة مدفوعة له بعنوان الوفاء ، مخير إياه في التعيين منها :
 وأما عن الثاني ، فلتنزيل الإيهام في الأفراد المخصوصة منزلة الاشتباه
 أو المزج الراجع للتمييز في كونه موجبا للشركة الموجبة للملك بالاشاعة
 وعليه فنصف الآتي ، وإن تملكه المشتري وكان مقبوضاً له ، إلا أن تلفه
 من ضمان البائع بعد أن كان الخيار في التعيين للمشتري ، إلحاقاً له بتلف
 المبيع في مدة الخيار ، فإنه من ضمان من لا خيار له - وهو هنا البائع -
 ولا بقدر الفرق بينهما بأن الخيار هنا في تشخيص المعقود عليه وهناك
 في لزوم أصل العقد بعد وجود المناط من عدم الاستقرار على من
 له الخيار ، كما صرح به هناك في (السرائر) أوتزيله على الاء باقي في
 في الثلاثة ، فيكون من خيار الحيوان .

وبذلك يتقدح الجواب عن الثالث : من عدم منافاة استرداد نصف
 الثمن للاشاعة بعد ظهور الوجه فيه من كونه في ضمان البائع وإن كان
 مقبوضاً للمشتري .

وأما عن الرابع ، فرجوع التخيير بعد وجدانه مبني على ما هو الحق
 كما حقق في محله - : من كون الشركة حكمية لاحقيقية ، فلا يخرج بمزج
 المالكين كل منها عن ملك ماله ، وإن جرت عليه أحكام الشركة الحقيقية
 من جهة المزج والاشتباه : ولذا لو تميزا بعد رفع التمييز ارتفع حكمها
 واختص كل منها بماله .

لكن مع ذلك كله : الأقوى طرح الرواية ، والعمل بما تقتضيه
 القاعدة : من تعيين الحق بالموجود من العبدین بعد تحقق القبض الوقائي بقبضها
 إن قلنا به . وعدم استرداد شيء من الثمن وكون التألف من ملك البائع ،
 وفي كونه مضموناً على المشتري لعموم وعلى اليد ، وإلحاقه بالمقبوض
 بالسوم ، بل لعله أقرب منه لتحقق البيع - هنا - وانطباق المبيع الكلي

ج ١ حكم تلف المبيع قبل قبضه إذا كان بتسبب من المشتري أو البائع أو الاجنبي ١٦٩

عليه وتشخصه فيه بعد الاختيار ، ولم يتحقق بعد في المقبوض بالسوم ، وعدمه بناء على اختصاص دليل اليد برد المأخوذ بنفسه ، ورد بدله بعد تلفه مستفاد من دليل آخر ، واختصاص دليل ضمان المقبوض بالسوم بالاجماع المحكي المفقود في المقام - :

وجهان ، بل قولان ، ولعل الآخر هو الأقوى ، وإن قلنا بعدم « على اليد » لخروج يد الأمانة عنه ، والتالف بيد المشتري أمانة الكونه مدفوعاً إليه من المالك .

والأولوية من المقبوض بالسوم ممنوعة : أولاً - لما قبل من الفرق بين المقامين ، فإن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة بما يؤول إليه ، وصحيح البيع وفاسده مضمون بخلاف صورة القرض لأن المقبوض ليس كذلك لوقوع البيع سابقاً ، وإنما هو محض استيفاء حق أولان المقبوض بالسوم يحصل بمطالبة المشتري ، وهنا يدفع البائع من دون سبق المطالبة به - وثانياً - لو سلمت فهي أولوية ظنية لاعمول عليها ، بل لعل الحكم بالأمانة - هنا - أولى بالحكم بها - فيما لو باع ديناراً بدينار موصوفين في الذمة ، فدفع أحدهما إلى الآخر ما يزيد عليه فإنه لم يتشخص الزائد المدفوع ثمناً أو مبيعاً وعليه إبداله حيث حكموا بكون ما في يده أمانة لم يضمه لو تلف قبل رده بغير تعد وتفریط من غير فرق بين صورتي تعمد الدفع وغفلة ، إلا في كون المدفوع على الأول - أمانة مالكية وعلى الثاني أمانة شرعية ، بل في (المسالك) دعوى الاتفاق على كونه أمانة في الأول .

الأمر الرابع - ما ذكرنا إنما هو فيما إذا كان التلف بنفسه . وأما إذا كان بتسبب ، فاما أن يكون بالتلاف المشتري ، أو البائع ، أو الاجنبي ، فإن كان من المشتري ، فالتلاف بمنزلة قبضه فيكون من ضمانه ما لم يكن مفروراً لوقوع الاتفاق منه على ملكه . كما لو اتلف ماله المغصوب

في يد الغاصب الموجب لخروجه عن الضمان . ولعل التفصيل بين الغرور وعدمه هو مراد الشيخ فيما حكى عنه من التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله .

وان كان الانلاف من البائع ففي ضمانه بالمسمى لاقتضاء العقد ذلك من غير فرق بين الاختيار وعدمه إلا في الاثم وعدمه ، أو لصديق التلف . وان كان بالاختيار فيكون مشمولاً لاطلاق ما دل على كونه من مال البائع ، وان اثم بالاختيار ، أو بالمثل والقيمة بناء على انصراف التلف في الدليل المخرج له عن القاعدة الى ما كان بنفسه ، أو تخيير المشتري بين تضمين البائع بالمسمى أو بالمثل لوجود سبب كل من الضمانين الموجب للاختيار في اختياره الاخذ بأيهما شاء .

أقوال . والأول - هو الأقوى على المختار ، والثاني - قوي إن قلنا به على خلاف القاعدة ، وفي الثالث - نظر (١).

(١) الظاهر : أن قاعدة التلف قبل القبض وكونه موجباً لانفساخ المعاوضة ورجوع كل عوض الى مالكه الأصلي ، أجنبية عن مورد الانلاف وانما هي مختصة بالتلف ، وما هو بمنزلة ، كغصب الظالم له - مثلاً - ينحو لا يرجع عوده ، والسرقة مع عدم معرفة السارق ، ونحو ذلك ولا فرق في ذلك بين القول بكونها ثابتة بالتعبد على خلاف القاعدة ، وبين كونها على طبقها .

توضيح ذلك : أنه بناء على أن القاعدة الأولية بعد انتقال كل من العرضين الى ملك مالك العرض الآخر بالعقد تفتضي ضمان كل من المتعاقدين لصاحبه أو تلف ما انتقل منه اليه قبل القبض : البدل الواقعي من المثل أو القيمة ، وكون الضمان ضمان اليد ، لعدم دليله باعتبار أن كلا من =

= المتعاقدين بعد العقد ماتحت يده ملك لطرفه فيضمنه له بهوضه الواقعي إن لم نقل يكون يده يد أمانة ولعله الأقرب ، فإن يده بعد العقد على المال أمانة شرعية يلزمه تسليمه لما ملكه في أول أزمته الامكان . وعلى كل لو كان ضامناً ، فضمانه يبدله الواقعي متوقف على كون المال عند تلفه ملكاً لطرفه ليضمنه له بمثلته أو قيمته .

ولما كان مفاد (النبوي) وخبر عقبة ابن خالد : كون المبيع عند تلفه قبل القبض من مال البائع ، ومقتضاه أن ضمائه معاوضي ، وأنه مضمون على ذي اليد بهوضه المسمى في العقد ، وكون تلفه موجباً لانفساخ المعاوضة وعود كل عوض الى ملك مالكة الأصلي .

فلا بد من الخروج عن القاعدة وتخصيص عموم « على اليد » بالنبوي والخبر - على ما أفاده سيدنا قدس سره - ولكن لما كان ظاهر الدليل المخرج لمورده عن القاعدة : كون تلف المبيع أو ما هو بمنزلة بلا اختيار من البائع ، فلا يشمل صورة الائتلاف له ، وعليه فيضمنه بالائتلاف يبدله الواقعي ، سواء قلنا إن يده على المال بعد العقد يد ضمان او يد أمانة .

ولا إشكال في ذلك . إنما الكلام لو قلنا : بأن القاعدة تقتضي كون كل من المتعاقدين ضامناً لصاحبه بعد العقد ضماناً معاوضياً ، وكون ماتحت يده من ماله مضموناً بهوضه المسمى الذي مقتضاه انفساخ المعاوضة عند عدم إمكان تسليم المال لطرفه فهل القاعدة المذكورة مختصة بالائتلاف وما هو بمنزلة أو أنها تعم صورة الائتلاف له ايضاً بلا فرق بينهما سوى الاثم في صورة الائتلاف الاختياري ، كما قواه سيدنا حيث قال : « والأول هو الأقوى على المختار » ومراده بالأول : كون الضمان المسمى بلا فرق بين الائتلاف الاختياري وغير الاختياري ، ومراده بقوله « على المختار » هو

القول بكون الضمان المعاوضي المقتضي لانفساخ المعاوضة عند عدم إمكان التسليم على طبق القاعدة ، لاعلى خلافها لنص أو إجماع ، ليخصن بالتلف وما هو بمنزلة ، ولا يشمل صورة الانلاف .

هذا ، ولكن الظاهر اختصاص الضمان المعاوضي المقتضي للانفساخ عند عدم إمكان التسليم بالتلف ونحوه سواء قلنا : إنه على القاعدة أو على خلافها لنص أو إجماع .

توضيحه : إن العقد المعاوضي بين المتعاقدين بما أنه مقتضى انتقال كل منهما ما يملكه لطرفه بعوض ما يملكه منه الذي هو المدلول المطابق للعقد ، كذلك هو مقتضى ومتضمن لانزمام كل منهما تسليم ما انتقل عنه لطرفه عند تسليم عوضه منه حيث أن كلا من المتعاقدين كما التزم لطرفه يجعل ما هو مملوك له تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية الذي هو مرجع الملكية أولاً زماً ، عرضاً عما هو مملوك لطرفه المجهول تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية أيضاً كذلك التزم له بحمله تحت سلطنته الخارجية عند تسلطه الخارجي على عوضه .

فليس مقتضى العقد المعاوضي مجرد التبادل بين العوضين في عالم الاعتبار فقط ، بل ذلك وما يلزمه من جعل كل منهما مكان الآخر خارجاً ، وتساويه لما يملكه بالعقد ، ومقتضى ذلك أنه لو تعذر عليه التسليم لتلف ما يملكه طرفه منه أو ما هو بمنزلة التلف من ذهاب مناط ماله انتسخ عقد المعاوضة وعود كل من العوضين إلى ملك مالكه الأصلي ، لكون عقد المعاوضة مع إمكان الالتزام بما يقتضيه يبقى ويصح ، ومع عدم الإمكان ينتسخ ويبطل لا يقال : تعذر التسليم لا يقتضي الإنفساخ بل غايته الخيار والتسلط على الفسخ .

لأنا نقول : إنما ينتج الخيار مع إمكان التسليم وكون تعذر عارضاً يمكن زواله كالإبقاء والسرقة مع رجاء العود . أما مع عدم بقاء صلاحية التسليم للتلف وما هو بمنزلة فلا معنى للخيار مع بطلان العوضه وامتناع الوفاء بما يقتضيه العقد بمثلواه الالتزامي من تسليم ما وقع العقد عليه .

لا يقال : امتناع الوفاء بمقتضى العقد وتسليم ما وقع عليه لا يقتضي البطلان وانفساخ العقد ، إذ يمكن إبقاء صحته بدفع مثل التالف أو قيمته واخذ بدله المسمى في العقد ، فتبقى المعاوضة ولا تنفسخ .

لأنا نقول : لو كان الالتزام الضمني والمدلول الالتزامي لعقد المعاوضة هو بدلية أحد العوضين خارجاً عن الآخر على تقدير بقاءه وأما مع تلفه فما يكون بدلاً عن المسمى مثل التالف أو قيمته لآتجه ذلك ، وأمكن إبقاء صحته ، ولكنه واضح البطلان ، فإن الذي يقتضيه عقد المعاوضة بدلية أحدهما عن الآخر بدلية مطابقة ، فخرج المعوض عن قابلية البدلية لتلفه أو ما هو بمنزلة لا بد من خروج المعوض عن مالك المعوض ، ودخوله في ملك مالكة الأصلي لاقتضاء المعاوضة ذلك .

هذا ، إذا كان عدم إمكان تسليم ما انتقل منه الى من انتقل اليه لتلفه أو ما هو بمنزلة بأن كان التلف بلا اختبار من الضامن : وأما إذا كان باختبار منه إنلافه أو ما يحكمه من إذهاب ماله فأنسه لا موجب للانفساخ بذلك والضمان المعاوضي الذي يقتضيه عقد المعاوضة لا يوجب بل يختص بالتلف ونحوه ، فإن اللزوم المستفاد من آية « أوفوا بالعقود » ليس مفاده محض تكليف المتعاقدين بلزوم تسليم ما وقع العقد عليه لما لكه بالعقد وحرمة إنلافه عليه ، بل مفاد ذلك نفوذ العقد عليها وسلب سلطانة كل منهما على حله وإبطاله ، بمعنى عدم تأثير ما يختاره من إ شاء فسخ العقد

أو ائتلاف متعلقة في إبطال العقد وانفساخه .

وعليه ، فيلزم كلا منها عند ائتلاف متعلقه دفع مثله أو قيمته لطرفه
وأخذ العوض منه .

نعم ، لا يبعد ثبوت الخيار للطرف بين فسخ المعاوضة وإعادة العوض
إلى ملكه ، وبين امضائها وقبول البذل الواقعي من المثل أو القيمة ، فإنه
إنما ألزم بكون ما يملكه عوضاً عن نفس العين التي ألتفها البائع ، ولم يكن
الزامه بكونه عوضاً للاعم من العين ومن بدلها الواقعي .

والحاصل : إن ما اختاره سيدنا : من الفرق بين كون الضمان المعاوضي
المتقضي الانفساخ بتلف أحد العرضين قبل القبض مستفاداً من النص على
خلاف القاعدة ، وبين كونه على القاعدة ، وأنه على الأول خاص والتلف
وما هو بمنزلة بخلافه - على الثاني - أعني كونه على القاعدة ، فيعم الائتلاف
غير واضح بل الأقوى عدم الفرق بين كونه مستفاداً من النص وبين كونه
على القاعدة في كونه خاصاً بالتلف وما هو بمنزلة ولا يشمل صورة
الائتلاف .

وعليه ، فالائتلاف : - نارة - بكون ممن انتقل المال منه ، وأخرى -
يكون ممن انتقل إليه ، وثالثة - بكون من الاجنبي .

ففي الصورة الأولى ، ذكرنا أنه مضمون على الناقل بالبذل الواقعي
مع عدم استبعاد ثبوت الخيار للمضمون له بين فسخ المعاوضة وإعادة العوض
إلى ملكه وبين امضائها ، وقبول البذل الواقعي من الملتف .

وفي الصورة الثانية ، يكون الائتلاف من المنقول إليه بمنزلة قبضه
ما لم يكن مفروضاً ، وأما مع الغرور كما إذا دعاه الناقل إلى طعام وقدم
إليه الطعام المنقول إليه - ولم يعلمه بأنه الذي اشتراه منه فأكله فإنما على

أنه ملك لمن دعاه بذل له تبرعاً فالظاهر عدم كون إتلافه باكله بمنزلة قبضه ما اشتراه منه ، بل يضممه له البائع الغار .

وان استضعفه شيخنا في (الجواهر) حيث قال في شرح قول المصنف (واذا قلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع) : « والظاهر أن اتلاف المشتري بمنزلة القبض سواء كان عالماً أو جاهلاً للأصل السالم عن معارضة الخبر المتساق منه غير الفرض بقربته ظهوره في إرادة الارفاق بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الاول ، فضلاً عن الثاني ، بل في (التذكرة) : هذا اذا كان المشتري عالماً أما اذا كان جاهلاً بأن قدم للبائع الطعام المبيع الى المشتري فأكله فالأقرب انه ليس قبضاً وأنه كاتلاف البائع وهو كما ترى » انتهى .

واكتنه في كتاب الغصب قال - قدس سره - ولو غصب مأكولاً - مثلاً - فأطعمه المالك بأن قال له : هذا ملكي وطعامي ، أو قدمه إليه ضيافة أو نحو ذلك مما يتحقق به الغرور منه ، أو شاة فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب بلا خلاف ولا اشكال ، وان كان المالك المباشر للاتلاف ، ونسلم المال الا أنه ليس تسليماً تاماً بتصرف به المالك تصرف المالك في أملاكهم على انه مال له ، انتهى .

هذا ولم يتضح وجه الفرق بين البابين وتضعيفه ما قرره العلامة - قدس سره - في التذكرة - : من عدم كون تقديم الطعام المبيع الى المشتري المأكول له في ظرف جهله وغروره بكونه الذي اشتراه من البائع قبضاً له وأنه بمنزلة إتلاف البائع ، مسح التزامه - قدس سره - بنظيره في غصب للطعام وأنه ليس تسليماً تاماً للمغصوب من حيث أن تصرف المالك باكله في ظرف جهله بكونه للمغصوب منه لم يكن بما هو مال له بل بما هو

أوجب إلغاء أحد السببين المتضادين في الأثر عند اجتماعهما عن السببية ، فإن التلف أثره انفساخ العقد وحله الموجب لضيائه بالمسمى ، والاتلاف أثره الضمان بالمثل أو القيمة ، وهو مبني على بقاء العقد ولزومه فأما أن لا يكون التلف المسبب عن الاتلاف سبباً للضمان بالمسمى أولاً لا يكون الاتلاف المسبب بالكسر للتلف سبباً للضمان بالمثل والقيمة .

والتعليل له - أيضاً - بعد انصراف الدليل الى التلف بنفسه بتعذر التسليم الموجب للخيار بين الفسخ فيرجع عليه بالمسمى ، والقبول فيرجع ببذله الواقعي .

عليل لأن التعذر المسبب عن التلف لم يثبت سببته للخيار ، وإن قلنا به في بيع الضال ونحوه . وخبر الضرر بدفعه ما وضعه الشارع من الضمان بالبذل الواقعي لمن اتلف مال غيره .

ويجري ما ذكرنا - هنا - من الأقوال الثلاثة ومستنداتها حرفاً بحرف

للغاصب ، قدمه اليه تبرعاً وضيافة فلم لم يلزم في باب البيع بما ألزم به في الغصب مع كون المالك واحداً ، فكما لم يكن أكل المالك لطعامه المقصوب في ظرف جهل أداء له ، فيبطل أن يكون كذلك في قبض المبيع فإن الأداء والقبض مرجعهما الى وصول المال الى مالكه لا بما هو بل بما هو مال له .

وعلى كل فالأظهر فيما نحن فيه تخيير المشتري بين فسخ المعاوضة واسترجاع عوضه وذهاب المبيع من مال البايع ، وبين امضائها وتغريم البايع بالمثل أو القيمة .

وفي الصورة الثالثة بتخير المتقول اليه بين فسخ المعاوضة والرجوع بالعوض على الناقل فيرجع الناقل ببدل العين الواقعي على من اتلفها وبين امضائها والرجوع على المتلف بالبذل الواقعي من المثل أو القيمة .

ج ١ فيما لو حصل للمبيع ثناء قبل التلف واستدلال الشيخ بحديث الخراج ١٧٧

فما لو كان الاتلاف من الأجنبي ، غير أن وجه القول بالتخيير فيه أقوى بل نسب القول به فيه إلى الأشهر - بل المشهور ، بل في (الجواهر) :
ظاهرهم الاتفاق عليه (١) وهو ممنوع جداً .

الأمر الخامس - لو حصل للمبيع قبل التلف ثناء ، فهو عند غير الشيخ للمشتري ، لأنه ثناء ملكه بعد أن كان الأصل مستقلاً إليه بالعقد والانفساخ إنما هو من حين التلف ، وقاعدة تبعية الثناء للأصل في الملك تقضي بذلك ، بل أرسل أكثر من تعرض للفرع هنا ذلك لإرسال المسلمات إلا أن الشيخ في (المبسوط) حكم بأن ثناء المبيع المردود بخيار الغيب قبل القبض للبائع ، مستدلاً عليه بحديث « الخراج بالضمان » مفسراً للخراج بالفائدة ، والضمان بمن يكون المال يتلف من ملكه ، والأصل قبل القبض في ضمان البائع ، فالخراج له (٢)

وكلامه - وإن اختص بالذكر بالمبيع المردود بالخيار - إلا أن التعديل بالخبر يعم المقام .

قلت : المراد بالضمان في الحديث ضمان تكفل ، لا ضمان غرامة ، فالمبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد بالمعنى الأول ، وهو إلى القبض في ضمان البائع بالمعنى الثاني . ولا منافاة بين الضمانين .

وتنقيح المسألة : هو أن الملكية ربط بين المالك والمملوك إضافة ونسبة ، فكل منهما مربوط بالآخر ، غير أن أثر الربط في المالك سلطته على المملوك ، فله أنهاء التصرف فيه ، وهو غنمه منه وفي المملوك دخوله في عهدة المالك ، فعليه غرمه من حيث حفظه وإصلاحه ، بحيث لو كان

(١) راجع : مناجر الجواهر ، كتاب البيوع ، الفرع الرابع . في شرح قول المحقق : إذا تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال البائع .

(٢) راجع : كتاب البيوع ، من المبسوط فصل في أن الخراج بالضمان .

حيواناً لكان عليه نفقته ، لأن (من له الغنم فعليه الغرم) .
 ويشهد لما ذكرنا - من تفسير ضمان المال بتكفله من كلام أهل اللغة -
 ما قاله محمد بن مكرم بن منظور الانصاري الأفرقي في كتابه المسمى :
 (لسان العرب) : « الضمين الكفيل ، ضمن الشيء ، وبه ضمناً وضماناً
 كفل به ، وضمته إياه كفله » إلى أن قال في كلام لأبي عبيد في تفسير
 حديث (الضامنة من النخل) - : « ما تضمنتها أمصارهم ، وكان داخلاً
 في العمارة ، وأطاف به سور المدينة ، قال أبو منصور : سميت ضامنة ، لأن
 أربابها قد ضمنوا عمارتها وحفظها ، فهي ذات ضمان ، كما قال الله
 عز وجل : في عبشة راضية ، أي : ذات رضى ، والضامنة : فاعلة
 بمعنى : مفعولة وفي الحديث : (الامام ضامن ، والمؤذن مؤتمن) أراد
 بالضمان - هنا - : الحفظ والرعاية ، لضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم
 صلاتهم . . . » انتهى (١)

فاذا كان ضمان المبيع بهذا المعنى على المشتري ، كان خروجه له
 لأن الخراج بالضمان ، فيكون الخبر موافقاً لقاعدة تبعية النماء للأصل في
 الملك ، بل هو من أدلتها ، ولا يتنافى ما ذكرنا خروجه عن ملك المشتري
 بالانفصاخ عند التلف وكونه من البائع تقديراً فافهم (٢).

(١) راجع : ذلك باقتضاب في (مادة ضمن) من الكتاب .

(٢) توضيح ذلك : أن المراد بالخراج في الحديث : الفائدة وما يتحصل من
 الشيء كمنائه ومنفعته ، وبالضمان : معناه المصدري ، وهو جعل الضامن ما ضمنه
 بعهدته بالتزام عوض للمضمون له بأزمائه وتعهده به ، وبما الخبر الداخلة على لفظ
 الضمان للعوضية والسببية فقاد الحديث الشريف : أن خراج المضمون وفائدته للضامن
 بدلاً عن ضمانه المعاوضي أو بسببه .

ثم انه لا كلام في أن خراج المبيع الحاصل بعد قبض المشتري له ملك =

الأمر السادس - صرحوا بأن النماء المتجدد قبل التلف بيد البائع أمانة لم يضمنه بغير تعدد وتفريط ، وهو كذلك ، لأن الضمان باليد ما كان مسبوقاً بملك الغير ، لا ما كان سابقاً على حدوثه ، كما هو صريح جمل الأخذ صلة للموصول في حديث « على اليد » فاليد عند حدوث الملكية

= للمشتري ، كما أنه لا إشكال في أن الخراج الحاصل بعد فسخ المعاوضة ورجوع المبيع إلى ملك البائع ملك له ، إنما الكلام فيما حصل من الخراج ما بين العقد وبين قبض المشتري المبيع أو فسخه العقد بالخيار قبله ، فهل هو ملك للمشتري باعتبار تعهده بالمبيع يجعل عوض للبائع بأزائه والتزامه بتبعاته كنفقته لو كان حيواناً وجنائاته فيما لو كان عبداً ، وكون الغرض المهم من إقدامه المعاوضي كون الخراج له ، فتناسبة الحكم للموضوع تقتضي كونه المالك له ، أو أن الخراج للبائع باعتبار أن الأصل قبل القبض في ضمان البائع وكون تلفه من ملكه فخراجه له .

هذا ولكن الظاهر أنه لا ينبغي الإشكال في كون المشتري هو المالك للخراج قبل القبض لكون ضمانه المبيع للبائع بعرضه المسمى المقتضى للملكية خراجه ، إنما هو بأصل المعاوضة والعقد الواقع بينهما ، وأما ضمان البائع للمشتري بعرضه المنتقل منه إليه بالعقد الثابت بالتعبد أو للشرط الضمني في العقد قائماً هو فرع وتبع للضمان الحاصل بأصل العقد .

وبالجملة فإن فعالية ضمان المشتري المبيع للبائع بعرضه المسمى المقتضى للملكية خراجه إنما هو بنفس العقد المعاوضي بينهما ، وفعالية ضمان البائع للمشتري بالمسمى المنتقل منه إليه بالعقد إنما هو بانقراض العقد بتلف المبيع قبل القبض ، وغاية ما يقتضيه الانقراض عود كل من العرضين إلى مالكة السابق على العقد ، وأما ملكية البائع خراج المبيع الحاصل قبل تحقق الانقراض وبطلان ملكية المشتري له الاستفادة من قاعدة كون الخراج بالضمان فهو بلا موجب . اللهم إلا أن يقال : إن انقراض المعاوضة بطلانها من أصلها ، ولكنه خلاف التحقيق ، فتأمل جيداً .

بد أمانة لا يخرج منها الى الضمان إلا بتعد ونحوه .

ومنه يعلم : أن الضمان - هنا - من ضمان المعاوضة لامن ضمان اليد .
توضيح ذلك : أن المبيع مع قطع النظر عن كونه مضموناً باقتضاء العقد على المختار ، أو بحديث « كل مبيع تلف ... » الخ على القول الآخر فقتضى القاعدة أن يكون أمانة عند حدوث الملكية لخروجه عن مصب حديث « على اليد » لما عرفت : ولا يخرج عنها إلا بتبدل عنوان اليد بأحد أسباب الضمان ، ولا دليل سواه يقتضى بكون الأصل في اليد : الضمان مطلقاً - غير أن ضمانه بالمسمى ثابت : أما باقتضاء العقد ، أو بحديث « كل مبيع : . . » وأما نفاؤه ، فإما لم يكن من المبيع ، لم يتعلق به ما يوجب الضمان من اقتضاء العقد ، أو الحديث ، والمفروض عدم شمول دليل اليد له ، حتى يكون مضموناً عليه باليد بعد فرض تبعيته للأصل فيما تقتضيه القاعدة الأولية ، لاجرم كان بيد البائع أمانة لم يضمته بغير تعد وتفریط .

الأمر السابع - يلحق بالتلف الظاهر في الهلكة ، ما كان بحكمه مما يوجب تعدد التسليم كالسرقة والضياع والغصب المنعذر استخلاصه من الغاصب على المختار ، لوجود المناط الموجب لحل العقد وانفساخه من عدم تمامية مقتضاه : وفي نحوه به على القول بمخالفته الأصل - للنص على السرقة في خبر عقبة بن خالد ، المحمولة فيه على المثال أو عدمه ، اضعف الخبر وعدم معلومية الجابر له في هذا الخصوص ، أو يفصل بين السرقة ، كما في الخبر ونحوها - بما لا يمكن الرجوع على من فعله ، لجهوليته - وبين الغصب مما كان معلوماً يمكن الرجوع به بالغرامة ، فيلحق الأول بالتلف في حكمه المخالف للقاعدة ويرجع في الثاني الى ما تقتضيه القواعد - وجوه

ج ١ في أن ما به انزل تسليمه ملحق بالتلف وإن سبب انفساخ العقد هو التلف ١٨١

أظهرها التفصيل لما عرفت (١).

الأمر الثامن - قد عرفت أن سبب انفساخ العقد وحله إنما هو التلف قبل القبض ، فلو شك بعد تحقق التلف في كونه من التلف الموجب للانفساخ وعدمه ، وأو للشك في كونه من التلف قبل القبض أو بعده فربما يتوهم فيه الحكم بلزوم العقد للشك في عروض الفاسخ له أو فاسخية العارض ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الشك فيه مسبب عن حصول القبض وعدمه ، لعدم تعقل القبض بعد التلف ، وإصالة عدم تحقق القبض محكمة على إصالة لزوم العقد واستصحاب بقاءه ، ولا يتوهم أن إصالة عدم القبض لا تثبت عنوان كون التلف قبل القبض ، والسبب إنما هو لتلف المعنون بعنوان القبلية على القبض لا بعدم القبض بعده لأن القبلية بالنسبة إلى بعدية الغير له غير معقول هنا ، لأن القبض بعد التلف من قبض المعلوم ، وهو محال ، فلا جرم كان معنى تلفه قبل القبض تلفه بلا قبض (٢)

(١) بين مثال السرقة والضياع فيلحق بالتلف في الحكم بالانفساخ ، وبين مثال غصب الظالم المتعذر استحصال المغصوب منه فيلحقه حكم تعذر التسلم بعد العقد فيتخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالمسمى على البائع فيضمن الغاصب ما غصبه للبائع ، وبين الامضاء والرجوع بالمغصوب أو يبدله من المثل أو القيمة مع تلفه على الغاصب ، فافهم :

(٢) محصل ما ذكره - قدس سره - : أن سبب انفساخ العقد وحله هو تلف المبيع قبل قبضه ، فلو تحقق التلف وشك في كونه موجبا للانفساخ للشك في حصوله قبل القبض الموجب للانفساخ أو بعده مما لا يوجب ، فربما يحكم بلزوم العقد للشك في وجود الفاسخ أو فاسخية الموجود وهو انصاف التلف بكونه قبل القبض والأصل لزوم العقد وعدم عروض الفاسخ ، أو فاسخية العارض له. هذا ولكن الأصل المذكور مسبب عن الشك في حصول قبض المبيع وعدمه ، والأصل =

الامر التاسع - استثنى بعض الأصحاب كالمفيد في (المقنعة) على ما حكى عنه ، والسيد في (الانتصار) وسائر في (المراسم) (١) من الكلية المتقدمة : ما لو تلف المبيع قبل القبض في الثلاثة التي بثت فيها خيار التأخير فذهبوا إلى كونه في ضمان المشتري وبعد الثلاثة من ضمان البائع ، لأنه ملكه بالعقد ، وكان التأخير لمصلحته ، بل في (الانتصار) وعن الغنية دعوى الإجماع عليه (٢).

== الجاري في الشك السببي حاكم على الأصل الجاري في الشك المسببي ، فإصالة عدم تحقق قبض المبيع محكمة على إصالة لزوم واستصحاب بقائه . (ونوهم) أن موضوع الانفساخ اتصاف التلف بكونه قبل القبض وإصالة عدم القبض لا تثبت العنوان المذكور : (أعني كون التلف قبل القبض) إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول به (مدفوع) بأن قبليّة التلف لا قبض بالنسبة إلى بعدية القبض له غير معقول هنا فإنه بعد التلف من قبض المعلوم فلا بد من كون معنى تلف المبيع قبل القبض الذي هو موضوع الانفساخ تلفه بلا قبض المشتري له بمعنى أن موضوع الانفساخ مركب من جزئين تلف المبيع وعدم قبض المشتري له فاحد جزئي الموضوع - وهو التلف - حاصل بالوجودان ، والجزء الثاني - وهو عدم قبض المشتري له - يجري الأصل ، فافهم .

(١) كتاب المراسم لسائر ، طبع في ضمن (جوامع الفقه) بإيران .
راجع ذلك في أول كتاب المكاسب منه ، ذكر الأول : لا يمضي بيع إلا في ملك البائع .

(٢) راجع - من الانتصار - : كتاب البيع والصرف والربا - مسألة ٦ - قوله : وبما انفردت به الإمامية أن من ابتاع شيئاً معيناً بشئ معين ولم يقبض - إلى قوله - ، دليلنا على صحة ما ذهبنا إليه الإجماع المتردد ، ومن الغنية : كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الأحكام خلال قوله : « واعلم أن من حكم البيع »

ونسب إلى (الوسيلة) (١) وأبي الصلاح الحلي : التفصيل بين ما لو عرض البائع المبيع ، فلم يتسلم المشتري ، فهو من ضمانه ، وعدمه ، فن ضمان البائع .

قلت : ليس التفصيل بين عرض البائع المبيع وتمكينه من التسليم للمشتري ، وعدمه ، قولاً في أصل المسألة ، بل لعله من التلف بعد القبض بناء منهم على تحقيق القبض بذلك ، موضوعاً أو حكماً ، لا استثناء من الحكم بالتلف قبل القبض .

وأما التفصيل بين الثلاثة وبعدها .

فإن استند أهل هذا القول إلى إجماعي (الانتصار) و (الغنية) فمع موهر فنيهما باعراض الأكثر عنهما ، معارض بالاجماع المحكي عن (الخلاف) المعتمد باطلاق النبوي وفتوى المعظم .

وان استندوا إلى التعليل المتقدم ، ففيه مع أنه عايل في نفسه أنه غير مختص بالثلاثة ، بل يأتي فيما بعدها - أيضاً - .

وان استندوا إلى قاعدة التلف في مدة الخيار المضمون على من لا خيار له ، والخيار هنا للبائع ، ففيه ، مع أنها مخصوصة بما إذا كان التلف بعد القبض ، كما يأتي (٢) وموقوفة على تقديمها - لو سلم شمولها لما قبله - على قاعدة التلف قبل القبض ، إذ النسبة بينهما - حينئذ - العموم من وجه : - أنه لا فرق - حينئذ - بين الثلاثة وبعدها في كونه في ضمان المشتري .

= وجوب تسليم المعقود عليه في الحال - إلى قوله - : كل ذلك بدليل إجماع الطائفة :

(١) كتاب الوسيلة إلى ليل الفضيلة طبع ضمن (جوامع الفقه) في إيران

ذلك كتاب البيع منه ، فصل في بيان بيع الاعيان المرئية :

(٢) في تذييل الأمور المذكورة بعد العشرين منها .

بل لعل بعد الثلاثة أولى به منه فيها لأنه لا خيار في الثلاثة ، وإنما يحدث بالتأخير بعدها .

الامر العاشر - لا يسقط هذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو إبرائه ، لأن الانقضاء بالتلف حكم امضائي من الشارع لما تقارر عليه المتعاملان بمقصد المعاوضة ، فهو من أحكامها ، وليس من الحقوق حتى يمكن فيه دعوى السقوط بالاسقاط .

ولو سلم كونه حقاً ، لأنه متعهد به وفي عهده كغيره من الأعيان المضمونة على من هي في يده لدخولها في العهدة . غير أن الساطنة هنا بالتلف على الرجوع بالمسمى ، وفي غيره على الرجوع بالمثل أو القيمة فيه . مع أن الرجوع هنا بالمسمى إنما هو لرفع البدلية عنه بالتلف ، لا لأخذه بدلاً وعوضاً عن التلف ليكون حقاً . : أنه ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط لو فرض أنه حق بعد أن كان الانقضاء - قهرياً - لما هو محقق في محله من أن الحق إذا كان المرجب له علة نامة لا يسقط بالاسقاط ولا ينتقل بالنواقل لعدم جواز تخلف المعاول عن علة النامة .

هذا ، ولو اشترط في العقد البراءة عنه ، احتمال - قوياً - حصولها لرجوع الاشتراط فيه الى كون مفاد العقد المشروط بها صرف التملك والتسليم الاقتصادي ، بمعنى الاستحقاق ، دون التسليم الفعلي الذي هو مفاد العقد المطلق ، ضرورة أن العقد المشروط فيه البراءة عنه من الجانبين أو من أحدهما بالنسبة الى ضمان العوضين أو أحدهما مفاده مغاير للعقد المطلق لأن مفاد الأول هو مجرد التملك بإزاء التملك بحسب الاقتضاء واستحقاق التملك منها أو من أحدهما بحسب الشرط ، ومفاد الثاني هو التسليم الفعلي بإزاء التسليم الفعلي ، فان الاقتضائية والفعلية اذا اجتمعتا اتحدتا في الوجود فلا يكون الشرط في الأول منافياً لمقتضى ذات العقد . وهذا لا ينافي ما ذكرنا

ج ١ - عدم سقوط الضمان عن البائع باسقاط المشتري وبيان الموارد المستثناة ١٨٥

من كون التسليم من تمام مقتضى العقد ، فإنه من مفاد العقد المطلق لا مطلق العقد . وبذلك ظهر الفرق بين الاشتراط في العقد والاسقاط بعده الذي لا أثر له بعد العقد اللازم العمل بهام مقتضاه .

الحادي عشر - : ربما يستثنى من هذه الكلية صور :

منها - ما لو أسلم عبد الكافر ، فإنه يجبر على بيعه من مسلم ، فلو تلف أو أبتى أو سرق بعد بيعه وقبل القبض ، احتمل عدم الانفساخ هنا ، سيما بناء على سبقه على الناف لاستتازامه الدخول في ملك الكافر ، ولو آنأما وهو ممنوع كالدخول في ملكه ابتداء لعدم الفرق بين التملك الابتدائي والعود الى الملك بعد وجود علة المنع من نفي السبيل وغيره . ويحتمل - أيضاً - استثناءها من كلية منع تملك الكافر للمسلم ، بناء على اختصاصه بالتملك الابتدائي ، لأن بين الكائنين عموماً من وجه ، فلا بد من الترجيح ولعل الأظهر ترجيح عموم كلية التلف قبل القبض ، لأن العود الى الملك من توابع ملكه قبل الاجبار ، إن لم نقل بانصراف الملك الممنوع الى الملك المستقر ، لمنع السبيل في هذا النحر من الملك .

ومنهما - ما لو باع العبد ممن يهتق عليه - قهراً - فتلف قبل التسليم فإن الانفساخ والرجوع الى ملك البائع متعذر هنا ، لانعناقه بمجرد العقد ولا يعود الحر ملكاً بل لعمل القبض غير معتبر فيه ، لعدم اليد على الحر بل قبضه انعناقه ، سيما بناء على أن مفاد البيع هنا - هو الانعناق دون التملك ، لبتوقف على تقدم التملك عليه : إما بالطبيع أو بالزمان ، ولو آنأما .

ومنهما - ما لو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق دون الضميمة قبل اليأس ، لم ينفسخ البيع ، لكون الثمن بازاء الضميمة مع عدم الرجوعان ، للنص ، وفي كون الثالف من ضمان المشتري أو البائع تردد

ينشأ من كونه من المبيع التالف قبل قبضه ، ومن أن ضمان البائع إنما هو حيث يحقق الانفساخ ولا موجب له مع بقاء الضميمة ، وكون الثمن - حينئذ - بازائها .

وأما لو تلفت الضميمة قبل القبض ، فإن كان بعد وجدان الآبق وقبضه ، فالأظهر - بل الظاهر - الرجوع بما قابله الضميمة لاجتماع الثمن لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقاً ، للنص ، لا بعد حصوله في اليد لأنه جزء من المبيع المذكور بازاء مجموعة الثمن الموجب للتقسيط حينئذ . وإن كان تلفها قبله وفي حال فقدانه ، ففي انفساخ العقد في الآبق تبعاً للانفساخ في الضميمة ، أو بقاءه بما قابله من الثمن وجهان : من أن العقد على الآبق إنما صح بالعقد على الضميمة ، وبعد فرض كون العقد عليها كأن لم يكن بالتلف قبل القبض ، انتفت الصحة بالنسبة إلى الآبق لانقضاء المعلول بانتفاء علته ، ومن أن الضميمة علة التصحيح وحدوث الصحة ، لادوامها .

وتظهر الثمرة في حصوله باليد بعد تلف الضميمة فيرجع بما قابله من الثمن على الثاني ، ولا يرجع به على الأول .

ومنها - مآلو اشترى جارية ، فأولدها ، ولما يحصل القبض بالوطء فنلفت الجارية ، أو أبقى قبل القبض بالفرض ، ففي لزوم العقد - حينئذ - أو انفساخه وجهان : من أن أم الولد لا تنتقل إلى غير مالكتها إلا في بعض الصور الذي ليس المقام منه ، ومن أن الانفساخ قهري بحكم عموم هذه الكلية ، والمنع عن بيع أمهات الأولاد مخصوص بالنواقل الاختيارية ، ولا يتوهم من جواز فسخ البائع بالخيار إذا كان له خيار لسبق حقه على حق المشتري من المنع بالاستيلاء على التلف الذي هو سبب الانفساخ ، فيكون من ضمان المشتري ومستثنى من هذه الكلية ، لأن الانفساخ بالتلف تابع

لعقد المعاوضة السابقة على الاستيلاء ، لوقوعه بين العقد والتلف ، فالعمل بما يقتضيه عقد المعاوضة ، لأنه أسبق السببين .

ومنها - مالم يحصل في العبد المبتاع قبل القبض أحد أسباب الانعتاق من الجذام والعمى ونحوهما (١) فربما يتوهم كونه من ضمان المشتري ، قياساً على الانعتاق عليه في شراء أحد عموديه لاتحادهما في الانعتاق القهري ، وإن اختلفا في السبب ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الانعتاق - هنا - بعروض المرض بحكم التلف السماوي لعدم الفرق في التلف قبل القبض بين تلف الملك أو الملكية بعد فرض حصول الانعتاق قهراً بحدوث السبب ، كما هو مفاد الأخبار المستفيضة وعليه الفتوى .

نعم ، لو قلنا بكونها أسباباً لوجوب العتق على صاحبه كما هو ظاهر خبر الجعفي عن أبي جعفر - عليه السلام - حيث قال : « إذا عمى المملوك أعتقه صاحبه ولم يكن له أن يمسه ... » الخبر (٢) ولم يقل : انعتق على صاحبه - لم يفسخ العقد لكونه مملوكاً - بعد - بالفرض ، فإذا قبضه دخل في ضمان المشتري ، وإن وجب عليه عتقه .

ومنها - مالم جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه حيث لا يكون الخيار للمالك ، فالأقوى كونه من ضمان البائع لتعذر التسليم عليه قبل القبض .

ومثله ما لو جنى على نفسه بقتل ، فإنه من التلف قبل القبض وإن كان باتلاف منه . ولا كذلك لو ارتد عن فطرة ، وإن وجب قتله لبقائه

(١) كالجنون والبرص والقرن في العبد والجارية .

(٢) في الكافي - كتاب العتق والندب والكتابة ، باب المملوك إذا عمى أو جذم

ج ٣ - بسند الحديث هكذا : الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي الوشاء عن أبان عن اسماعيل الجعفي عن أبي جعفر (ع) .

على الملك ، فإن قتل قبل القبض كان من التلف قبلاً ، وإن قبضه دخل في ضمان المشتري ، وإن وجب قتله .

ودعوى كونه بحكم الميت بعد وجوب قتله ، ولذا نبين زوجته ونعتد عدة الوفاة وتقسم أمواله في ورثته فهو كالميت قبل القبض . فاسدة ، لأنه بحكمه في الأحكام المخصوصة تعبداً ، لاني مطابق الأحكام .

الثاني عشر - لو ضمن الأجنبي للمشتري درك الثمن لو رجع إليه بتلف المبيع قبل قبضه ، لم يصح الضمان إن كان قبل تلف المبيع مطلقاً قبل قبض البائع الثمن أو بعده ، قبل تلفه عنده أو بعده - تلف المبيع أو لم يتلف - حيث كان الضمان قبل تلفه ، لأنه من ضمان ما لم يجب في جميع صورته .

وإن وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البائع وكان الثمن مقبوضاً له صح مطلقاً - ولو كان الثمن موجوداً حين الضمان . أما مع تلفه فواضح لكونه من ضمان المال - حينئذ - الذي لإشكال في صحته ، وأما مع وجوده فهو من ضمان العين ودرك الثمن الذي لا إشكال في صحته - أيضاً - وإن وقع الكلام في كونه على القاعدة أو على خلافها ، وإنما ثبوته بالاجماع وميسر الحاجة إليه ، وقد تقدم منا تحقيقه في بيع الفضولي . وملخصه : عدم المناقاة بين صحة الضمان الذي معناه - عندنا - تحويل ماني ذمة إلى ذمة أخرى وكون المضمون عيناً بعد فرض دخولها في العهدة لعدم الدابل على اختصاص كون المضمون مالا ، والعهدة قابلة للنقل والتحويل فراجع (١)

(١) يذكر المصنف ذلك فيما يأتي في هذا الكتاب : من رسالة بيع الفضولي ويأتي منا تحقيق حول الموضوع .

ج ١ فيما لو وكل غيره على البيع واقباض المبيع وفرط الوكيل في الاقباض ١٨٩

الثالث عشر - لو وكل غيره على البيع واقباض المبيع وفرط الوكيل في الاقباض ، فنلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ، ورجع الموكل على وكيله بسبب التفريط بالمسمى ، لأنه فوته عليه بعد أن ملكه وبمحتمل - قوياً - الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ، لأن ضمان الوكيل - حينئذ - من ضمان اليد لامن ضمان المعاوضة ، وبمحتمل - فيما لو زاد المسمى على القيمة - تغريم الزائد عليها - أيضاً - بالتفويت والاضرار ، ولا يتوهم أن الضمان بالتفريط حين تلفه بالوكيل كان للمشتري لكون المبيع ملكه قبل التلف ، فكان حق الرجوع بالمثل أو القيمة للمشتري دون البائع لأن ضمان الوكيل إنما هو للمالك من حيث هو مالك ، وبالتلف يخرج المشتري عن كونه مالكاً ويكون من مال البائع الموكل ، فيكون الضمان له ويجرى مثل ذلك في بيع الولي - من الحاكم وغيره - مال المولى عليه لوفرط في إقباضه حرفاً بحرف .

الرابع عشر - لو كان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل البيع لم يفتقر - حينئذ - إلى قبض جديد ولا إلى مضي زمان بسعه فيه من غير فرق بين كون القبض مأذوناً فيه كالوديعة والعارية ونحوها ، أو منهياً عنه كالغصب ، لظهور بيعه في الرضا بقبضه ، فينتقل الضمان إلى المشتري فيكون التلف منه ، لأنه من تلف المبيع بعد قبضه بالقرض .

نعم ، لو علم عدم الرضا به حيث كان له الامتناع عن التسليم إلى أن يتسلم الثمن ، أو كان ممسكاً به اعتبر القبض فيه في أصل النقل أو لزومه لم يكن القبض - حينئذ - معتبراً موجباً لنقل الضمان إلى المشتري ، فيكون التلف عنده من التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد .

لكن قد يشكل ذلك فيما لو كان اليد عليه قبل البيع بد ضمان كالغصب ونحوه ، لخروجها عن الضمان بالانتقال إليه لتبدل عنوانها إلى بد

مالكية ، ولا دليل على عود الضمان في المقام بعد تلف المبيع لعدم الموجب له من اليد على مال الغير .

إلا أنه يضعف بعدم خروجه بالبيع عن مطلق الضمان . بل هو من تبدل الضمان بضمان آخر ، فإن المبيع قبل البيع كان مضموناً عليه بضمان اليد بالمثل أو القيمة ، وبعده قبل التلف كان مضموناً بالمسمى ، فإذا انفسخ العقد الموجب لتبدل الضمان عاد الضمان الأول فيرجع المشتري بالثمن لو كان مقبوضاً للبائع ، ويغرم له المثل أو القيمة .

الخامس عشر - لو اتحد القبض والقباض ، واختلفا بالإعتبار والحيثية ، كما لو باع الولي ماله من الطفل ، أو ابتاع منه لنفسه ، لم يفترق إلى قبض منوي به عن الطفل في الأول ، وانفسخ في الثاني ، بعد أن كان المبيع مقبوضاً له في الصورتين ، فيكون التلف بعد العقد من المشتري المولى عليه في الأول ، والولي في الثاني ، لكونه بالفرض من التلف بعد القبض . ويحتمل اعتبار القصد في القبض عن المشتري - ولأى كان أو مولى عليه - ليمتاز عن القبض الأول ، بعد أن كان المبيع في يد الولي وقبضه في الصورتين قبضاً واحداً مستمراً ، فلا يتشخص إلا بالقصد .

واختلف الأصحاب في هبة الولي للصغير : في لزوم قصد القبض عنه وعدمه ، فالمشهور على العدم ، لما روي في الصحيح : « عن الصادق عليه السلام - في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا ؟ » فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدق على من لم يدركوا من ولده فهو جائز ، لأن الوالد هو الذي يلي أمره » (١) ومروثة داود بن الحصين « الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هو ميراث ، فإن :

(١) التهذيب - في الوقوف والصدقات - حديث تسلسل (٦٠٥ - ٥٢)

وسند الحديث : « عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) .

ج ١ في الاتحاد المقبض والقباض واختلفا اعتباراً فهل يحتاج إلى قبض منوى به ١٩١

كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهي جائزة ... (١) ورواية جميل :
« عن رجل وهب لابنه شيئاً ، هل يصلح أن يرجع فيه ؟ قال : نعم
إلا أن يكون صغيراً » (٢)

والجواز في الأولين بمعنى الضوّد بقريضة المقابلة للارث ، وعدم تقييده
بالمقبض مع تقييد ما قبله به لتحققه فيه بقبض الولي ، لانه عدم اعتبار القبض
في هبة الصغير واعتباره في الكبير ، لأن القبض معتبر في صحة الهبة أولزومها
مطلقاً ، ولو كان المتهب صغيراً ، غير أن قبض الصغير يتحقق بقبض
وليّه وإطلاق الرجوع في هبة الكبير في الأخير محمول على الرجوع قبل
القبض ، واستثناء الصغير إنما هو لتحققه بقبض وليّه الواهب .

وإطلاق هذه الأخبار يعم مالمو قصد القبض عن المولى عليه وعدمه
ولو كان القصد معتبراً وجب التقييد به ، والا لزم تأخير البيان عن وقت
الحاجة والعلّة المنصوصة في الأولى مرجحة للحكم به في غير الهبة من سائر
عقود المعاوضات .

فاذاً الأقوى عدم اعتبار القصد في القبض ، بل يدل عليه - مضافاً
إلى ذلك - : أن اليد فيما لو باع الولي على المبيع مالكية وبالبيع إلى المولى
عليه ، فنقل اليد عن كونها مالكية إلى كونها أمانة جزماً . ومعناها :
ليس إلا كون يده عليه بدلاً عن يد مالكة ، وبالعكس فيما لو ابتاع من
المولى عليه لنفسه فإن اليد تبدلت من الأمانة عن الغير إلى المالكية ، بل
الأظهر تحقق القبض - قهراً - وإن قصد عدمه بعد تبدل العنوان ، لأنه
لم تنفك المالكية عن كون القبض لنفسه ، والأمانة عن كونه عن غيره .

(١) التهذيب للشيبخ الطوسي - في النحل والهبة - حديث تسلسل (٦٤٨-٦٥)

(٢) المصدر نفسه ، حديث تسلسل (٦٤٦-٦٣) :

السادس عشر - إذا تلف بعض المبيع وكان الثالف مما يقسط عليه من الثمن ، انفسخ العقد بالنسبة اليه بخصوصه مما يقابله من الثمن ، لكونه من تلف المبيع قبل قبضه ، بعد فرض انحلال البيع الى بيع متعددة ويتخير المشتري في رد الموجود منه ، والرجوع بحملة الثمن ، للبعض وقبوله بما يقابله منه .

نعم ، قد يشكل الحكم بالانفساخ - هنا - وكون الثالف بخصوصه من مال البائع مع أن ظاهرهم الاتفاق عليه ، على القول بمخالفة الحكم به للقاعدة ، لوجوب الاقتصار فيه على المتيقن خروجه منها ، وهو تلف جميع المبيع ، ولو بدعوى الانصراف اليه ، دون بعضه ، والرجوع في تلف البعض مع القبول وعدم الرد إلى ما تقتضيه القاعدة من ضمانه بالمثل أو القيمة ولعله من الشواهد - أيضاً - على كونه موافقاً للقاعدة ، وإن كان مما لا يقسط عليه شيء من الثمن - جزء كان الثالف أو وصفاً - كقطع يد العبد قبل القبض ونسيانه الكتابة كذلك المشروط اتصافه بها ، فلا خلاف في أن للمشتري الرد . وفي جواز أخذ الأرض بحيث يجبر البائع عليه فيكون المشتري مخيراً بين الرد والأرض قولان : فعن الشيخ في (المبسوط والخلاف) العدم ، بل عن (الخلاف) : دعوى عدم الخلاف فيه ، وهو المحكي عن ابن ادریس ، والمحقق في (النافع) و (كاشف الرموز) في شرحه (١) وعن غير واحد - ومنهم الشيخ في محكي (النهاية) وعن ابن البراج وأبي الصلاح : الجواز ، وهو المحكي عن الشهيدین ، وثاني المحققين ، بل عن (المسالك) : إنه المشهور ، واستدل عليه في (المختلف) وغيره بأن المبيع لو تلف أجمع ، لكان من ضمان البائع ، فكذا أبعاضه وصفاته قلت : قد يشكل قياس تلف أبعاض المبيع - مطلقاً - وصفاته بتلف جمعه في كونه من ضمان للبائع الذي قد عرفت أن معناه انفساخ

(١) تقدم - آنفاً - ص ١١٩ كلام موجز عن هذا الكتاب ، ومؤلفه .

العقد بالتلف والرجوع بالمسمى ، لأن الضمان بهذا المعنى إنما يتحقق بتلف الجميع أو بعضه مما يقابل بشيء من الثمن ، لا يمكن تحقق الرجوع - حينئذ - بكل الثمن أو بعضه بالانقضاء في كل المبيع بالتلف أو بعضه وحيث كان التالف جزء لا يقسط عليه من الثمن أو وصفاً ، وهو كذلك كيف يمكن فرض الضمان فيه بهذا المعنى ؟ إذ لا رجوع فيهما بشيء من المسمى ، وليس الأرض من المسمى ، حتى يمكن في مورده فرض الانقضاء والرجوع بشيء منه .

إلا أن شيخنا المرتضى - رحمه الله - ذكر وجهاً لتعقل انقضاء العقد وتخفيف المشنري بين الرد والأرض فيما لو حدث عيب في المبيع قبل القبض بما يرجع ما خصه - بتوضيح منا - إلى أن الضمان في تلف المبيع وأبعاضه وأوصافه بمعنى واحد ، وهو فرض العقد بالنسبة إلى التالف كأن لم يكن غير أنه يختلف حكمه باختلاف التالف ، فإن كان الكل كان الرجوع بنام المسمى ، وإن كان بعضاً يقسط عليه من الثمن كأحد العبدین فرض كأن لم يعقد على التالف وعقد على الموجود منها ، فيرجع بما يقابل التالف من المسمى ، وتخفيف للقبض بين الرد وقبول الموجود بما يقابله منه ، وإن كان التالف بعضاً لا يقسط عليه من الثمن أو وصفاً مشروطاً انتصافه به أو يوجب فوائده عيباً فيه كان ضمانه بمعنى فرض العقد بالنسبة إليه بخصوصه كأن لم يكن ، ومرجه إلى تقدير كون العيب في ذلك البائع ووقوع العقد على المبيع ، فيجري حكمه من التخفيف بين الرد والأرض فيه (١)

وهو تخريج حسن ، لجواز أخذ الأرض من البائع بضمانه لما تلف من أوصاف المبيع قبل القبض ، لكن بشكل ذلك كما اعترف به ، بناء

(١) مكاسب الشيخ الانصاري ، كتاب البيع ، في أحكام القبض ، مسألة

مالو تلف بعض المبيع قبل قبضه .

على كون الحكم به على خلاف القاعدة لوجوب الاقتصار فيما يخالفها على المتيقن خروجه منها، وهو تلف جميع المبيع، أو بعمه وما يحكمه من تلف بعضه يقسط عليه من الثمن دون مطلق أبعاضه وأوصافه.

السابع عشر : يجري في تلف الثمن المعين وأبعاضه وأوصافه قبل القبض ما تقدم في تلف المبيع قبله، حرفاً بحرف وأنه في ضمان المشتري قبل القبض، كما أن المبيع في ضمان البائع إلى حصول القبض، لتساويهما في اقتضاء عقد المعاوضة لزمانها.

نعم، يشكل تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن، بناء على كونه مخالفاً للقاعدة، إلا بدعوى إطلاق المبيع على الثمن أيضاً، كما يقال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (١).

ويظهر من بعض دعوى الاتفاق على تعدي الحكم إلى الثمن وهو من الشواهد - أيضاً - على كون الضمان من مقتضيات عقد المعاوضة (٢).

(١) نبوي مشهور لدى الفريقين فمن العامة ذكره المناوي في (كنوز الحقائق بحرف الباء) بهذا النص وذكره العجاوني في (كشف الخفاء باب الباء حديث رقم ٩٣) بلفظ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » أو يقول أحدهما لصاحبه آخر « واستعرض ذكر الحديث بوجوده المختلفة وأسناده الكثيرة، ومن الخاصة : عامة كتب الأخبار والموسوعات الفقهية - في أبواب الخيار -

(٢) أقول : ذكرنا : أن الظاهر تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن، وإن قلنا إن الحكم على خلاف القاعدة من جهة النص، إلا حاجة إلى دعوى إطلاق المبيع على الثمن - أيضاً - والاستشهاد بقوله « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »، ولا إلى دعوى بعض : الاتفاق على تعدي الحكم إلى الثمن، بل لما ذكرنا من أن النبوي - وإن اختلف بتلف المبيع - لكن رواية عقبه بن خالد ظاهرة في سرية الحكم المذكور إلى تلف الثمن قبل القبض - أيضاً - على ما قربناه من دلالتها على ذلك :

ج ١ تلف الثمن المعين كتلف المبيع في الحكم ، وبيان ما لو كان الثمن كلياً ١٩٥

الثامن عشر: - لو باع ثوباً بعبد - مثلاً ، وقبض الثمن - وهو العبد - فباعه من غيره ، ثم تلف المبيع - وهو الثوب - قبل قبضه ، فإن كان البيع سابقاً على التلف نفذ البيع لوقوعه في ملكه ، وبغرم قيمة العبد للمشتري لانفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه ، وإن كان مسبقاً به لم ينفذ بيع العبد لرجوعه الى المالك الأول بانفساخه من حين التلف ووقوع البيع - حينئذ - منه على ملك الغير ، والحكم في الصورتين واضح ، ومع الشك في السبق والاحقوق ، فإصالة تأخر كل منهما معارضة بمثلها في الآخر فيشكل نفوذ البيع في العبد بل يشكّل - أيضاً - لو أثبتنا التقارن بإصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر ، وإن قلنا بكونه أمراً عديمياً ، فضلاً عن كونه أمراً وجودياً :

الاهم إلا أن يقال : إن الشك في بقاء الملك للعبد حين بيعه وعدمه مسبب عن سبقه على التلف ، ومع تعارض الأصلين في السبب يرجع الى ما يقتضيه الأصل في المسبب ، وهو بقاء الملك الى حين البيع الحاكم على إصالة عدم النقل ، لأن الشك فيه مسبب عن الملك وعدمه .

التاسع عشر - قد عرفت الكلام في ما اذا كان الثمن معيناً شخصياً وأما إذا كان كلياً ، سواء كان كلياً خارجياً أو في الذمه - ودفع الى البائع ما زاد على الثمن ليتخير منه ، فالكلام فيه هو الكلام في المبيع الكلي بقسميه - حسباً تقدم - .

العشرون - قد عرفت موافقة الحكم بالضمان قبل القبض بالمسمى للقاعدة الموجبة للتعدي من البيع الى سائر عقود المعاوضات ولعل ذلك من المسلم عندهم - كما يظهر من بعضهم - :

قال شيخنا المرتضى في (المكاسب) ٥ ... ثم إنه هل يلحق العرضان في غير المبيع من المعاوضات به في هذا الحكم ؟ لم أجد أحداً صرح

بذلك نفياً أو إثباتاً ، نعم ذكروا في الاجارة والصداق وعرض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض ، لكن ثبوت الحكم عمومياً مسكوت عنه في كلياتهم ، إلا أنه يظهر من بعض مواضع (التذكرة) عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسالك ، قال - في مسألة البيع قبل القبض وجواز بيع ما النقل بغير البيع - : « والمالك المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة ، أو بالتفريط ، ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه أمام الملك - إلى أن قال - : أما ما هو مضمون في يد الغير بعرض في عقد معاوضة ، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح والأجرة المعينة ، وقال الشافعي : لا يصح لتوهم الانقضاء بتلقه كاليبيع وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصة والعامة » (١) انتهى .

فن الغريب - مع ذلك - ما وقع منه ومن غيره من البناء على كون الحكم مخالفاً للقاعدة الذي مقتضاه الاختصار فيما خالفها على المتيقن من مورد الدليل من المبيع دون الثمن ، فضلاً عن غير البيع من سائر عقود المعاوضات فافهم واغتنم .

تذييل

يشترط في خروج البائع عن ضمان المبيع بالقبض : أن لا يكون للمشتري خيار بخص به ، فان كان له خيار كذلك - وتلف المبيع في يده - كان من ضمان البائع - ايضاً - وان كان بعد قبضه حسبما كان ضماناً له قبل القبض ، لأن تلف المبيع في مدة الخيار من ضمان من لا خيار له - إجماعاً بضميه في الجملة - وهي قاعدة مسلمة عند الأصحاب ، وإن وقع من بعض (١) راجع : كتاب البيع - في أحكام القبض ، مسألة تلف الثمن المعين قبل

القبض :

ج ١ يشترط في خروج البائع عن الضمان بالقبض أن لا يكون للمشتري خيار خاص ١٩٧

الذأمل في كليتها بحيث تعم الثمن والمئمن وأنواع الخيارات ، بابعاً كان ذو الخيار أو المشتري .

والأصل فيه - قبل الاجماع - : صحبة ابن سنان : « عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين ، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » (١) شرط له أم لم بشرط - وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع » (٢)

ورواية عهد الرحمان ابن أبي عهد الله : قال : « سألت أبا عهد الله عليه السلام عن الرجل : اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده ، وقد قطع الثمن : على من يكون ضمان ذلك ؟ قال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى ينقضي بشرطه » (٣)

ومرسلة ابن دهاط : « إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع » (٤)

والنبوي المروي في (قرب الاسناد) في العهد المشتري بشرط فيموت

(١) وسائل الشريعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب تلف الحيوان قبل الثلاثة حديث رقم (٢) .

(٢) وهذه الفقرة الأخيرة من رواية أخرى عن ابن سنان أيضاً ، راجع نفس المصدر باب أن المبيع اذا حصل له نكاح في مدة الخيار ... حديث رقم (٢)

(٣) وسائل الشريعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب أن الحيوان اذا تلف أو حدث فيه عيب في الثلاثة حديث رقم (١)

(٤) المصدر نفسه ، حديث رقم (٥)

قال : « يستحلف بالله مارضيه ، ثم هو يرى من الضمان » (١)

إذا عرفت ذلك ، فاعلم ان الكلام هنا يقع في أمور :

الأول : ان المصرح به في كلام كثير من الأصحاب هو أن تلف المبيع في زمن الخيار من ضمان من لا خيار له ، وقد أرسلوها لإرسال القاعدة وهي - بإطلاقها - تعارض القاعدة المتقدمة ، وهي تلف المبيع قبل قبضه تعارض العامين من وجه ، لأنها تعم ما قبل القبض وبعده ، غير أنها مختصة بوجود الخيار ، وتلك القاعدة ، وإن اختلفت بما قبل القبض ، إلا أنها عامة بالنسبة إلى صورتين وجود الخيار ، وعدمه ، وحيث فتتعارض القاعدتان في صورتين تلف المبيع قبل قبضه والخيار للبائع فقط ، وتلفه بعد قبضه والخيار للمشتري كذلك ، وتوافقان في الصورتين - أيضاً - في الأولى ، مع كون الخيار للمشتري - فقط - وفي الثانية مع كون الخيار للبائع كذلك .

هذا ولكن الإنصاف عدم استفادة نحو هذه الكاية من الأخبار حتى يقع تعارض بين القاعدتين المذكورتين وإن وقع التعبير بنحو هذه الكلية في كلام الأصحاب ، بل الاستفادة منها اختصاصها بما بعد القبض ، بقوله - عليه السلام - في ذيل الصحيحة المتقدمة : « وإن كان بينها شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري » وقوله - عليه السلام - « فمات عنده » في رواية عبد الرحمان ، المقيد بها ، ولو بمعونة فهم الأصحاب إطلاقاً

(١) المصدر نفسه ، حديث رقم (٤) وسند الحديث فيه هكذا : وبإسناده

عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد قال قال رسول الله (ص) : في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام ، فمات العبد في الشرط وقال ...

ج ١ نسبة قاعدة تلف المبيع في زمن الخيار من لا خيار له الى القاعدة المذكورة ١٩٩

الخبرين الأخيرين ، فلا تكون النسبة بين القاعدتين عموماً من وجه حتى يرجع في تخصيص إحداهما دون الآخر الى المرجع :

الثاني - هو أن الأخبار المقدمة ، وإن اختلفت بظاهرها - بمعونة ذكر الزمان فيها - ببعض الخيارات كخيار الحيوان وخيار الشرط ، أوها وخيار الجنس ، إن اختلفت بالمشتري ولو باسقاط البائع خياره ، بناء على إطلاق الشرط عليه في الأخبار ، فلا تشمل القاعدة غيرها من أنواع الخيارات كخيار العيب وخيار العيب ، ونحوها مما يكون فيه على الفورية من غير اعتبار للمدة فيه .

إلا أن الأقوى تعميمها لمطلق الخيار (١) بناء على أن المناط في عدم ضمان ذي الخيار له ، وإن تلف في يده ، هو تزلزل العقد بالنسبة إليه

(١) قد يقال : إن الحكم بضمائم البائع ما يتلف في يد المشتري من المبيع - على خلاف القاعدة المستفادة من عموم قوله تعالى : « أو فوا بالعقود » الدال على لزوم العقد ، وعدم انفساخه بلا موجب ، ومع عدم الانفساخ لا يمكن أن يكون التلف على غير قايضه :

هذا مضافاً الى خصوص رواية عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - « في رجل اشترى متاعاً من آخر وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرق المتاع ؟ من مال من يكون ؟ قال - عليه السلام - : من مال صاحب المتاع الذي هو في يديه حتى يقبض المتاع ويخرجه من يده ، فإذا أخرجه من يده فالبائع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه ، فان الظاهر منها أن المال يهدد القبض في عهدة مالكة ، ولا يضممه غيره ، حتى يقال بالانفساخ ، والقدر المتيقن من قاعدة التلف في زمن الخيار هو خيار الحيوان والشرط ، الثابتان للمشتري حسبما يستفاد من صحيحة ابن سنان ، ورواية عبد الرحمن ابن أبي عبد الله =

= ومرسلة ابن رباط ، والنهوي المروي في (قرب الإسناد) - على ما ذكر في المتن - .

وهذه الروايات خاصة بخيار الحيوان ، والشرط الثابت للمشتري ، والتعدي إلى سائر الخيارات - بل إلى الخيار الثابت للبائع - بلا وجه ، سوى دعوى تنقيح المناط ، أو دعوى استفادة العلية من قوله - عليه السلام - : « حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصبر المبيع للمشتري » بناء على أن المراد بصيرورة المبيع للمشتري كونه يتحوّل الاستقرار ، دون أصل الملك ، وإن الاستفادة منه أن كل من لم يستقر عليه المال كونه ذا خيار فتلف ماله على من عليه الخيار ، وبالتلف تنفسخ المعاملة ويصير الذالف قبل تلفه - آنأما - ملك من عليه الخيار ، ثم يتلف من ماله ، نحو ما ذكرنا في التلف قبل القبض ، بلا فرق بين كون الخيار الثابت له خيار حيوان أو شرط أو مجاس أو تخلف شرط ضمنى ، كخيار الغبن أو العيب أو تخلف الوصف :

والحاصل : أن التعدي عن ورود الروايات ، وهو خيار الشرط والحيوان متوقف على استفادة العلية من قوله : - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » المراد به الخيار ، وإن العلة في الضمان وجود الخيار لمن تلف عنده المال ، وذلك غير واضح ، بل الظاهر كون المراد من قوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » بيان أن ضمان المال على من عليه الخيار وهو البائع إلى زمان انقضاء خيار الحيوان ، ولا اعتبار بشرط اليوم واليومين ، فقوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » لبيان عامة ضمان البائع لموت العبد والداية ، وهو الثلاثة أيام .

وأما دعوى كون المناط في الضمان عدم استقرار الملك بسبب مطلق الخيار ، فليس ذلك سوى الظن ، ولا يكون من تنقيح المناط القطعي =

= فهو من قبيل القياس الذي لانقول به :

والحاصل : أن الظاهر من الروايات الواردة في بيان ضمان من عليه الخيار ما يتلف في يد من له الخيار : اختصاص ذلك بصورة كون الخيار مما له أمد محدود ومبدء ومتهى كخيار الحيوان والشرط ، فكل خيار العين والعيب ، وتختلف الوصف مما لم يكن له أمد استفادة حكمها من روايات الباب مشكل غاية الاشكال ، لاسيما مع القول بكون الخيار فيها على الفور ثم إن الروايات الواردة في الباب ، وإن كان موردها صورة كون المبيع حيواناً ، وقد قبضه المشتري ، وإن تلفه في الثلاثة أيام على البائع وبعد الثلاثة من المشتري ، إلا إذا شرط البائع لنفسه الخيار مدة تزيد على الثلاثة ، فغاية ضمان البائع تلف المبيع انتهاء مدة الشرط ، ولكن الظاهر عدم الخصوصية للحيوان ، فيمكن أن يتعدى منه إلى غيره فيما لو كان الخيار المجهول للمشتري بالشرط .

وأما التعمدي إلى صورة ما إذا كان الخيار المجهول بالشرط للبائع وتلف الثمن في مدة خياره ، فدعوى القاطع باتحاد المناط وعدم الخصوصية للمشتري وكون التالف العين المبيعة غير بعيدة. ولو نوقش في دعوى القاطع باتحاد المناط بين تلف الثمن وبين تلف الثمن في ضمن الخيار فيكفي في ذلك استصحاب الضمان الثابت قبل القبض بالنسبة إلى الثمن ، إذ لا يلبي الاشكال في أن قاعدة كون تلف المال من مالكة مخصصة بقاعدة التلف قبل القبض بالنسبة إلى الثمن ، وكون تلفه من المشتري لحكومة قاعدة التلف قبل القبض على قاعدة كون تلف المال من مالكة ، وبعد قبض البائع للثمن ، وكون الخيار للبائع خاصة ، وحصل الشك في كون تلف الثمن من ماله لقاعدة كون التالف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، وكونها =

وعدم استقراره عليه وضمانه على من لا خيار له لأنه قد استقر العقد عليه كما صرح به في (السرائر) حيث قال : « وكل من كان له الخيار فالمحتاج بهلك من مال من ليس له خيار ، لأنه قد استقر العقد عليه ولزم والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولا لزمه ، فإن كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده ، كان هلاكه من مال المشتري دون مال البائع ، لأن العقد استقر عليه ولزم من جهته ... » (١) انتهى :

وهو مناط مستفاد مما هو بحكم التعليل في قوله « حتى ينقضي الشرط = شاملة للثمن أيضاً ، فلو فوَّش في دعوى تنقيح المناط ، وكونه ظنياً لا قطعياً ، فاستصحاب ضمان المشتري للثمن الثابت بالنسبة إليه قبل القبض يبدله المسمى في العقد إلى ما بعد قبض البائع له في مدة خياره الجعول له بالشرط ، يكون من قبيل استصحاب حكم الخاص الحاكم على عموم العام - كما يظهر بالتأمل - .

وأما التعدي عن مورد الروايات إلى خيار الخاس الثابت لأحد المتعاقدين فالكلام فيه هو الكلام في سابقه من التعدي بالنسبة إلى الثمن ، فإنه ، وإن لم يكن الخيار فيه محدوداً بزمان كخيار الحيوان ، والشرط ، وإن كان حيث حدد بالافتراق فهو بمنزلة التحديد بالزمان .

والحاصل ، أن التعدي إلى الخيارات الثلاثة : خيار الغبن ، وخيار العيب ، وخيار تخلف الوصف المشروط في العقد ، مشكل غاية الاشكال لاسيما بناء على المشهور من كون ظهور العيب والغبن والتخلف سبباً للخيار لا كاشفاً عن ثبوت الخيار من حين العقد ، بل لوجه له على هذا المعنى كما لا يخفى .

(١) السرائر لابن إدريس - كتاب البيوع ، باب الشرط في العقود .

ثلاثة أيام وبصير المبيع للمشتري ، بعد حل صيرورته للمشتري على الملك المستقر كما فهمه المشهور ، دون أصل الملك ، كما عليه الشيخ ، ومالعية التزاول عن ضمان المقبوض لم تنفك عن مطلق الخيار :

وبهذا التعميم وغيره - كما ستعرف - صرح بعض الاصحاب :

قال في (الدروس) : ... ولو تلف بعد قبض المشتري فهو من ماله إلا أن يختص بالخيار ، فيكون من البائع : . « انتهى (١) من غير تقييد للخيار في كلامه ، ما يخصه ببعضه .

وقال جدياً في (الرياض) بعد بيان قاعدة ما اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه - : « ... وكذا لو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الالهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع ، فإن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له بلا خلاف أجده ، لما مر في كل من خياري الشرط والحيوان : من المعتبرة المستقبضة ، وأخصيتها من المدعى مندوفة بهدم القائل بالفرق بين الطائفة ... » (٢)

وقال في (مفتاح الكرامة) : « لقد حكى المصنف - هنا - وفي التذكرة والمحقق الثاني والفاضل الميسي : أنه يكون من المشتري ان كان الخيار للبائع أو لها أو لأجنبي ، وأنه إن كان للمشتري - خاصة - فمن البائع وهو - فيما عدى الأجنبي وما عدى ما اذا كان الخيار لها - على ما ستعرف الحال فيه - موافق لما في (السرائر) و (جامع الشرائع) لابن سعيد ، و (الارشاد) وشرحه لولده ، (ومجمع البرهان) : من أن التلف إن كان في مدة الخيار ، فهو ممن لا خيار له ، وهو معنى ما في (الشرائع) و

(١) راجع من دروس الشهيد : كتاب البيع ، درس في القبض :

(٢) كتاب التجارة ، الفصل الثالث في الخيار في شرح قول المحقق : الخامسة

إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه ...

(التحرير) و (المذكرة) و (المسالك) و (المفاتيح) : من أنه إن كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري ، وإن كان للمشتري فالتلف من البائع ، ولا أجد في شيء من ذلك خلافاً ، بل إطلاق إجماع (الغيبة) حيث قال : « إذا هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يكون المتنازع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا ، فيكون هلاكه من ماله » منطبق على الصورة الثانية ، لكنه يشكل بالنسبة إلى ما إذا كان الخيار لها كما سترى (١) انتهى .

وبالجملة ، لم أجد من صرح من الأساطين باختصاص الخيار ببعض أقسامه مع وقوعه بنحو الإطلاق في كلامهم ، وإن وقع التعبير بالمدة والزمان في كلام أكثرهم المنزل على غلبة تصوير التلف في حال الخيار ووجوده بعد أن كان المتنازع التلف في حال التزول من غير مدخلة للزمان في موضوعية المتنازع ، وإن أخذ - غالباً - طريقاً إلى تحققه .

نعم ، الظاهر عدم مألعية التزول المسبوق بالزوم عن ضمان المقبوض كخيار تأخير الثمن لحدوث الخيار بعد الثلاثة لاني أثنائها ، فزمان المبيع على المشتري أو تلف عنده بعد الثلاثة إنما هو للقاعدة الأولية لكونه تلف في ملكه بعد قبضه ، كما لو تلف في الثلاثة ، لا لخيار البائع وأنه من مال من لا خيار له ، اظهور « حتى ينقضي الشرط » في الصحیححة في اعتبار اتصال التزول بالعقد ، وكذا مثله ، بناء على تعميم القاعدة للثمن أيضاً - كما ستعرف - إذا تلف الثمن بعد قبض البائع له لو شرط الخيار عند رد الثمن أو مثله في زمان معين ، فإن الخيار إنما يحدث بعد رد مثل الثمن فيه ، لا قبله ، فيكون تلف الثمن في ملكه ، ولا خيار له حتى يكون في ضمان المشتري ، ومن مال من لا خيار له ، فهو من التزول المسبوق

(١) راجع : كتاب المتاجر منه ص ٥٩٨ طبع الشام .

بالزوم الذي قد عرفت أنه غير مانع عن الضمان .

نعم لو فرض استمرار الخيار في المدة ، وأن رد مثل الثمن شرط في أعمال الخيار ومباشرة الفسخ على وجه يكون ذلك مجهول بالفرض في أصل العقد ، أشكل الحكم بذلك لاختصاص الخيار للبائع واقتضاء القاعدة كونه من ضمان من لا خيار له ، وهو المشتري .

الثالث - يظهر مما ذكرنا من عدم كون المقبوض الذي الخيار مضموناً عليه لو تلف في خياره : عدم الفرق بين المبيع والثمن ، لوحدة المناط المتقدم فيهما ، ضرورة أن نسبة الثمن المقبوض للبائع ، والخيار مختص به كنسبة المبيع المقبوض للمشتري إذا كان الخيار مختصاً به .

وإن تأمل في التعميم من هذه الجبئية أيضاً - بعض المحققين من المعاصرين ، نظراً إلى الاقتصار فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقن خروجها منها ، وهو المبيع ، فلا يتعدى منه إلى الثمن .

وأنت خير بما فيه ، لعدم وقوع لفظ المبيع في شيء من الأخبار كما وقع في النبوي المتقدم في القاعدة المتقدمة حتى يتوهم الاقتصار عليه . ودونك في التعميم من هذه الجبئية - أيضاً - ما تقدم من كلام جدنا في (الرياض) وغيره .

الرابع - الخيار : إما أن يكون للبائع ، أو للمشتري ، أو لهما ، أو لاجنبي - منفرداً - أو له منضمّاً إليهما ، أو إلى أحدهما ، باتماً كان أو المشتري وعلى التقادير كلها : فاما أن يكون الثمن قبل القبض أو بعده ،

فإن كان قبل القبض كان من ضمان البائع - مطلقاً - في جميع صورها السبع ، لأنه من تلف المبيع قبل قبضه الذي قد تقدم كونه مضموناً على البائع - مطلقاً - حتى لو كان له خيار مختص به فإنه لا يكون من ضمان المشتري الذي لا خيار له ، لما عرفت من اختصاص قاعدة تلف المبيع

في مدة الخيار بما إذا كان بعد القبض ، لاقبله ، وإن توهم كونه من تعارض القاعدتين فيه :

وأما إذا كان التلف بعد القبض فمن ضمان المشتري في جميع صورها أيضاً - إلا إذا كان الخيار خاصاً بالمشتري ، فإنه المتيقن بخروجه - بما دل على كون التالف في مدة الخيار ممن لاخبار له - عن القاعدة الأولية التي مقتضاها كون التالف منه ، لأنه تلف في ملكه وهو مقبوض له .

ويلحق بهذه الصورة في الخروج عن القاعدة الأولية : ما لو كان الخيار للأجنبي ، وكان يجعل من المشتري توكيلاً منه - منفرداً كان أو منضياً إلى نفسه - لأحكامها ، فافهم :

الخامس - المراد بالضمان في هذه القاعدة هو المراد منه في قاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، بمعنى انفساخ العقد وحله ، فلا يفتقر بعد التلف إلى فسخ ذي الخيار ، لتحقق الانفساخ بمجرد تحقق التلف ، فلم يبق عقد - حينئذ - حتى تكون له ساطنة على الفسخ والخيار ، وهو واضح

هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة والله العالم

بحقائق أحكامه

رسالة
في الأراضي الخراجية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين
محمد (ص) وأهل بيته المعصومين ، وعلى صحبه الأبرار المنتجبين ، ولعنة
الله على أعدائهم إلى يوم الدين .

وبعد : فبقول الرازي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل
بحر العلوم الحسيني الطباطبائي (١) :

هذه (رسالة في الأراضي الخراجية) وغيرها ، وما يأخذها السلطان
من الخراج والمقاسمة ، وما يؤخذ منه من الجوائز . رتبها على مقدمة ومقالات
وتدنيب ، وخاتمة :

أما المقدمة ، ففي تقسيم الأرضين

وهي في الأصل - كما في قاطعة اللجاج (٢) - على قسمين :

(أحدهما) - أرض بلاد الاسلام ، وهي على قسمين - أيضاً -
عامر ، وموات . فالعامر ، ملك لأهله لا يجوز التصرف فيه إلا بإذن ملاكه

(١) هو العلامة المحقق سيدنا الخال السيد محمد ابن العلامة السيد محمد تقي
ابن العلامة السيد رضا ابن سيدنا المعظم بحر العلوم الطباطبائي قدس الله تعالى أسرارهم
(٢) رسالة قاطعة اللجاج في حل الخراج للشيخ الجليل المحقق الثاني نور الدين
علي بن عبد العالي الكركي صاحب المصنفات الكثيرة المشهورة منها : جامع المقاصد
في شرح القواعد للعلامة الحلي - قدس الله تعالى سرهما - .

طبعت هذه الرسالة القيمة مع جملة من رسائل مختلفة في الرضاع والخراج
في إيران سنة ١٣١٥ هـ .

والموات - إن لم يجر عليه ملك مسلم ، فهو لامام المسلمين ، بفعل به ما يشاء
وإيس هذا القسم من محل البحث المقصود .

(الثاني) ما ليس كذلك ، وهو أربعة أقسام : الأول - الأرض
المفتوحة عنوة ، الثاني - أرض الجزية ، وهي التي صولح عليها ، الثالث
الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعاً ، الرابع - أرض الأنفال (١)
وهذه القسمة لاثنتاني تقسيم أكثر الفقهاء لها إلى الأقسام الأربعة ، لأن
نظرهم في التقسيم إليها من حيث تعلق يد الكفار بها واستقبالهم عليها .
(تنبيه) : جمع الأرض على الأراضي على غير قياس ، لأن (فعل)
لا يجمع على (فعالي) ، بل هو جمع (فعلاء) كصحراء وصحاري ، قال
في (المسالك) : « ... وربما جمعها - أي الأرض - بعضهم على الأراضي
وغلط في ذلك » (٢) وعن الخواشي المنسوبة إلى الشهيد - رحمه الله - : « أن
جمع الأرض على الأراضي غلط » .

قلت : هو جمع سماعي على غير قياس ، قال في (الصحاح) :
« ... وقد تجمع - أي الأرض - على أروض ، وزعم أبو الخطاب :
ألهم يقولون : أروض ، وأراض ، كما قالوا : أهل ، وأهل ، والأراضي
- أيضاً - على غير قياس » (٣) وقال في (القاموس) : « ... أرضات
وأروض وأروضون وأراض ، والأراضي غير قياسي » (٤) وعن المصباح
« ... قال أبو زيد : سمعت العرب تقول في جمع الأرض : الأراضي
والأروض ، مثل : فلس وفلوس ، وجمع فعل وفعالي في أرض وأراضي

(١) راجع هذا التقسيم - باختصار - في المقدمة الأولى من الرسالة المذكورة .

(٢) راجع : مسالك الأفهام للشهيد ج ٢ أوائل كتاب إحياء الموات .

(٣) راجع : الصحاح للجوهري ، باب الضاد ، فصل الألف بمادة (أرض)

(٤) راجع : تمام المادة - في (القاموس) أول باب الضاد فصل الحمزة .

وأهل وأهالي ، وأهل وليالي - غير قباسي (١) .

وكيف كان ، فهاهنا مقالات :

المقالة الأولى : في الأرض المفتوحة عنوة - بفتح العين المهملة

وسكون النون - وهي المأخوذة بالقهر ، الغلبة المستلزمة للذل والخضوع :

ومنه قوله تعالى : « وعنت الوجوه للحي القيوم » (٢)

فما كان منها عامراً - يوم الفتح - فهو للمسلمين قاطبة ، ولمن يدخل

في الاسلام ولمن يوجد - بعد ذلك - بالسوية ، من غير تفاضل بينهم ،

فضلا عن التخصيص بالمقابلة منهم .

ويدل عليه - بعد الاجماع بقسميه البالغ منقوله فوق حد الاستفاضة

المتضد بدعوى غير واحد الوفاق ، وعدم الخلاف في ذلك ، فلا يعاب ما

وقع من التعبير عنه بالمشهور في (الكفاية) - (٣)

الأخبار المستفيضة التي منها : صحيحة الحلبي « عن السواد : ما منزلة ؟

فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم

ولمن لم يخلق - بعد - فقلنا : الشراء من الدهاقين ؟ قال : لا يصلح إلا

أن يشتري منهم على أن يجعلها للمسلمين ، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها

(١) راجع : المصباح المنير للقيومي باب الألف بمادة (الأرض) .

(٢) سورة طه / ١١١ .

(٣) حيث قال في كتاب الجهاد : « القول في احكام الارضين وهي على

أقسام أربعة : الاول - المفتوحة عنوة - الى أن يقول : والمراد بالمفتوحة عنوة المأخوذة

بالغلبة والقهر والاستيلاء وحكمها على المشهور انها للمسلمين قاطبة لا يختص بها

الغائبون وعند بعضهم انها كذلك بعد إخراج الخمس لاهله الى آخر كلامه « قدده »

والظاهر عدم الاشكال في تعبيره (قدس سره) بالمشهور اذ هو في قبال قول

البعض من انها لجميع المسلمين بعد اخراج الخمس لاهله ، فراجع .

أخذها . قلنا : فإن أخذها منه ؟ قال : يرد إليه رأس ماله ، وله ما أكل منها » (١) .

ومنها - صحيحة ابن ربيع الشامي : لا تشتروا من أرض السواد - إلى أن قال - : فإنها فيء للمسلمين » (٢)

ومنها - خبر محمد بن شريح : « سألت أبا عبد الله - ع - عن شراء الأرض من أرض الخراج ؟ فكرهه ، وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له : فإنه يشتريها الرجل ، وعليه خراجها ؟ فقال : لا بأس ، إلا أن يستحي من عيب ذلك » (٣) .

ومنها - صحيحة صفوان : « قال : حدثني أبو بردة ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : كيف نرى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك - وهي أرض المسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ - ثم قال - : لا بأس أن يشتري حقه منها ، ويحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه » (٤)

ومنها - مرسل حماد - الطويلة - « ... عن أبي الحسن الأول (ع) :

(١) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في الجزء السابع كتاب التجارات الباب الحادي عشر باب أحكام الأرضين (٦٥٢) (١) وفي آخرها ، وله ما أكل من غلتها بما عمل » فراجع :

(٢) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في (١١) باب أحكام الأرضين (٦٥٣) (٢) : عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين .

(٣) ذكره الشيخ - قدس سره - في نفس الباب من التهذيب (٦٥٤) (٣) .

(٤) ذكره الشيخ - قدس سره - فيه في نفس الباب منه (٦٨٦) (٣٥) .

« الأرض التي أخذت عنوة بنجل وركاب ، فهي موقوفة متروكة بيد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على قدر طاقتهم من الخراج : النصف أو الثلث أو الثلثان ، على قدر ما يكون لهم صلاحاً ، ولا يضرهم ، فإذا خرج منها ثمنها فأخرج منه العشر من الجميع فيما شقت السماء أو سقي ميعاً ونصف العشر فيما سقي بالدوالي والنواضع ، فأخذ الوالي ، فوجهه في الوجه الذي وجهه الله له على ثمانية أسهم : للفقراء والمساكين والعمالين عليها والمؤلفة وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، ثمانية أسهم بقسمها بينهم في مواضعهم بقدر ما يستغنون في سنتهم ، فلا ضيق ولا تقصير ، فإن فضل شيء من ذلك رد إلى الوالي ، وإن نقص شيء من ذلك ، ولم يكتفوا به كان على الوالي أن يعونهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا ، وبأخذ بعد ما يبقى من العشر ، فيقسمه بين الوالي وشركاؤه الذين هم عمال الأرض وكرتها ، فيدفع اليهم أنصبارهم على ما صالحهم عليه ، وبأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين ، وفي وجوه الجهاد ، وغير ذلك مما فيه مصلحة عامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير » (١)

وهي - وإن كانت مرسلة - إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول ، فهي منجبرة ، وإن تضمنت تقديم الزكاة على الخراج ، وهو - على ما قبل - خلاف المشهور . إلى غير ذلك من الأخبار :

والظاهر : أنها لم على جهة الملكية - كما عن صريح بعض - لما كان اللام والاضافة الظاهرين فيها ، لأعلى وجه الاختصاص ، ولو من جهة

(١) راجع هذا الحديث - باختلاف بسيط في بعض عباراته - في اصول الكافي للكوفي كتاب الحجج باب الفبي ، والانفال حديث رقم (٤) وفي كتاب وسائل الشيعة لأحر العاملي كتاب الجهاد باب كيفية قسمة الغنائم حديث رقم (٢)

اختصاص ارتفاعها بهم لكونه يصرف في مصالحهم - كما في المستند - تبعاً للمحكي عن بعض فيه - ولعله ظاهر (الكفاية) - أيضاً - بدعوى منع ظهور اللام والاضافة في الملكية ، لصدق الإضافة بأدنى الملازمة ، وكون الاختصاص أحسن معاني اللام ، مضافاً الى أن الملكية لا يمكن أن تكون لغير المعين ، لأنها من الصفات اللازم قيامها بالذات المفقودة في الكلي قبل تشخيصه في الخارج ، ولذا يحمل (١) عليها في باب الدعاوى والأقارب والمجاز خبر من الاشتراك ، أو المتصرف اليها عند الاطلاق ، بناء على انها حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين جهاته : من الملكية أو الاستحقاق أو الاختصاص الخاص ، لأنها المنسب الى الذهن من سائر

(١) هذا من كلام المصنف - قدس سره - لبيان أن اللام في قوله - عليه السلام - في صحيحة الحلبي هو لجميع المسلمين، وإن الإضافة في قوله - عليه السلام - في صحيحة صفوان وهي أرض المسلمين، وما كان من قبيلها من الروايات ظاهرهما كون ذلك لهم على جهة الملكية لا على وجه الاختصاص من حيث اختصاص ارتفاعها بهم - كما في المستند وظاهر الكفاية - فانه لو لا الظهور في الملك لما حملنا عليه في الدعاوى والأقارب على ما هو المتسالم عليه . ودعوى صدق الإضافة بأدنى الملازمة وكون الاختصاص أحد معاني اللام لا ينافي ظهورهما في الملكية لا مكان كون ذلك على وجه المجاز فانه خبر من الاشتراك ، ولو قلنا بأن اللام حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين الملكية والاستحقاق والاختصاص الخاص ، فلا ينبغي الربط في أن المنسب الى الذهن والمتصرف اليه من الجهات هو الملكية ومقتضاه الحمل عليها عند الاطلاق ، وكفاية أدنى الملازمة في صدق الإضافة غاية مقتضاها إمكان إرادة الأدنى منها لا إيجاب الحمل عليها ، وعلى كل فاللام والاضافة ظاهران في الملكية سواء كان المنشأ هو الرضخ أو الاطلاق والانتصاف هذا حاصل مراد سيدنا - قدس سره - وإن كان في العبارة نحو من الغموض .

الجهات وكفاية أدنى الملائمة في الصدق ، غايته أنها مسوغة لإرادة الأدنى منها ، لا أنه موجب للحمل عليها .

وأما الحكم بعدم إمكان كون الملك لغیر المعين ، ففيه : أنه إن أريد منه عدم إمكان كون الملك للمالك الكلي ، وأن المالك لابد أن يكون شخصاً خارجياً ، ففيه عدم الفرق في الملكية التي هي عبارة عن العلة الخاصة الحاصلة بين المالك والمملوك بين طرفيها ، فكما يصح أن يكون المملوك كلياً كالكيانات الثابتة في الذمة ، صح أن يكون المالك كلياً - أيضاً - كالخمس والزكاة بعد التعيين وقبل القبض للفقراء والهاشميين والأعيان الموقوفة على العناوين العامة ، كالعلماء والمشتغلين ، بناء على أن الوقف - مطلقاً - ملك للموقوف عليه .

والفرق بدعوى صحة كون المملوك كلياً باعتبار أوله ، وإمكان تشخصه في الخارج الموجود ذلك الكلي فيه ومنطبق عليه ، فهو متمول بهذا الاعتبار يصح تعلق الملكية به .

فيعينه يقال في صحة كون المالك كلياً ، حرفاً بحرف :

وبالجملة ، فالملكية : إما أن تكون بين جزئين شخصيين ، أو كليين أو يكون أحدهما جزئياً والآخر كلياً ، فالصور أربع :

أما الأولى - فكملكية زيد - مثلاً - للعين الشخصية الخارجية .

وأما الثانية - فكملكية مقدار من الخمس أو الزكاة الثابتين في ذمة الملتف لها لكلي الفقراء والهاشميين ، ومنه ينضح المثال في الصورتين الأخيرتين - فتأمل (هـ) وإن أريد منه لزوم التعيين المقداري ، ففيه - مع إمكان منع كونه معتبراً في أصل الملكية وتحققها ، وإن اعتبرناه في صحة المعاملة ، لتعذر

(هـ) وجه التأمل هو إمكان دعوى كون العناوين العامة كالحاشميين أو الفقراء

وغيرها مصرفاً لذلك لأمالكاً له (منه رحمه الله) :

القبض والتسليم مع جهالة المقدار ، فغايبته اعتبار تعيينه في الواقع ونفس الأمر ، وإن لم يكن معلوماً في الظاهر ، وهو متعين في علم الله بالنسبة إلى المسلمين المالكين لتلك الأراضي . فإذا : الأقوى إلها لهم على جهة الملكية للرقبة دون الاختصاص ، لكن هل هي لهم بمعنى أنه لكافة أحادهم على سبيل الاستغراق الإفرادي كما يعطيه ظاهر النسبة إلى جميع المسلمين ، أولئكافتهم أوقاطبتهم في الصحيحة الأولى ومعقد بعض الإجماعات المحكية ، أو هي لهم على الجنسية والنوعية الكلين كالأمثلة المتقدمة من الخمس والزكاة - وجهان -

ويقع ملكية الرقبة ملكية ارتفاعها ، ففي تعيين صرفها لخصوص المصالح العامة المستوية فيها آحاد المسلمين ، أو هو لمطلق المصالح الراجعة لنوعهم ، وإن اختصت المصلحة ببعضهم دون بعض : وجهان ، مبنيان - كما عرفت - على كفية الملكية للرقبة ، فإن قلنا بكونها لآحاد المسلمين كافة - كان نماؤها التابع لها في الملكية لآحادهم - أيضاً - وحيث يتعذر التوزيع والقسمة بين الكل تعين الصرف في المصلحة الراجعة إلى الكل كمعونة الغزاة ومؤنة الولاة والقضاة ومطلق ما يرجع إلى تقوية الدين ومصالح كافة المسلمين ، كبناء المساجد والقناطر ، فإن الحقبة ثابتة لكل واحد منهم وإن لم يتفق له فعلية الانتفاع ، ضرورة أنه لا معنى لكون الرقبة ملكاً لكل واحد منهم ، ويختص بنائها البعض ، وإن قلنا بملكيتها الكلي المسلمين ونوعهم جاز دفع ثنائها للبعض الصادق عليه النوع والكلي ، بل أمكن أن يقال بجواز دفع عين الرقبة - كلا أو بعضاً - له ، لصدق النوع عليه ، فتكون من دفع المملوك إلى مالكه ، إلا أن يقال بظهور الأخبار وكلمات الأصحاب على الملكية المؤبدة لهم وصرف ارتفاعها عليهم كالأعيان الموقوفة لغرض تأييد العين وتسهيل المنفعة . لم أر في كلماتهم تنقيحاً لذلك .

وظاهر بعض الأخبار ومعقد الإجماعات ، وإن اقتضت ملكية الرقبة

لآحادهم المرجبة لاختصاص صرف ثنائها في المصالح العامة - إلا أنها معارضة بما دل على حاية أخذ جوائز السلطان الشامل باطلاقه لما كان المأخوذ من الخراج والمقاسمة ، من غير تقييد بكونها من غيرها ، بل في بعضه ما هو نص في ذلك ، وبأنى - إن شاء الله - زيادة توضيح لذلك : مع عدم حاية ذلك لو كان المصروف لخصوص المصالح العامة ، إذ لا يجوز صرف حق في غير مصرفه ، فيصالح لأن يكون قرينة لصرف تلك الظواهر وحملها على إرادة نوع المسلمين دون آحادهم ، والجمع والتأكيد إنما هو لتعميم النوع وإفادة عدم الاختصاص ببعض منهم دون بعض وطائفة دون أخرى .

وبالجملة ، فحلية ما يؤخذ منها بنحو المحبات والصلوات - كما عليه بعض الاجماعات - تكشف عن عدم اختصاص صرفها في المصالح العامة ، وهي إنما تتم على ملكية النوع ، دون الآحاد .

هذا ، ولكن كلمات الأصحاب ، وكذا الأخبار الواردة في بيان المصروف كلها مصرحة باختصاصه في المصالح العامة .

الاهم إلا أن يقال : بذل الجوائز والمطايا لكونها من لوازم الرئاسة التي هي من المصالح العامة ، بعد منها أيضا - فهي محسوبة من مؤنة القائم بها .

بقي هنا أمور :

الأول - إن هذه الأراضي ، هل يتعلق بها الخمس ، فيكون الباقي بعد إخراج الخمس منها - وهو الأربعة أخماس - ملكاً للمسلمين ، أو الكل لهم بخمسة أخماسها ؟ قولان :

المشهور هو الأول ، بل في (المبسوط) (١) : إنه يقتضيه المذهب .

بل هو مندرج في معتقد إجماع (المدارك) و (الذخيرة) بل في (الحدائق) :

(١) راجع: كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحا :

« إنه ظاهر كلام الأصحاب » وفي (الجواهر) - بعد نسبه الى ظاهرهم :
 « كأنه من المسلمات عندهم » وحكي عن بعض : التصريح بالثاني ، بل
 في (الحقائق) : (إن اختصاص الخمس بالمنقول من الغنائم هو ظاهر
 الأخبار) : بل فيه : « إنه لم يعرف دليلاً ولا وقف على مستند يوجب
 الخمس في ذلك إلا ظاهر الآية »

قلت : الكلام في هذه المسألة - مرة - من حيث أخبارها ، وأخرى
 من حيث كلمات الأصحاب فيها .

أما الكلام في الأولى : فهنا طوائف من الأخبار :
 واحدة منها - دلت على وجود الخمس في هذه الأراضي بالعموم
 أو الإطلاق :

وأخرى - على عدمه - كذلك - وكونها للمسلمين ،
 وثالثة - مادل على أن الأرض كلها للامام - عليه السلام - .
 فن الأولى - رواية أبي حمزة : « إن الله جعل لنا - أهل البيت -
 سهماً ثلاثة في جميع الفيء » - الى أن قال - : وقد حرّمناه على جميع الناس
 ما خلا شيعةنا ، والله ، يا أبا حمزة ، مامن أرض تفتح ، ولا خمس بخمس
 فيضرب على شيء منه إلا كان حراماً على من يصيبه ، فرجاً كان
 أو مالا » (١)

وحسن معاوية بن وهب ، وفيها : « السرية يبيّتها الامام فيصيبون
 غنائم ، كيف يقسمون ؟ » قال : إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الامام

(١) وسند الحديث - كما عن الوسائل للحجر العاملي ، كذاب الخمس ، ابواب
 الانفال ، باب إباحة حصّة الامام من الخمس للشيعة حديث رقم (١٩) - هكذا :
 وعن علي بن محمد ، عن علي بن العباس ، عن الحسن بن عبد الرحمن عن عاصم بن
 حميد عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال : ان الله جعل .. :

- عليه السلام - أخرج منه الخمس لله وللرسول ، وقسم بينهم أربعة أخماس وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلنا غنموا للامام (ع) يجعله حيث أحب » (١)

ورواية أبي بصير : « كل شيء قوتلوا عليه على شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله » فإن لنا خمسة » (٢)

ومن الثانية - : ما تقدم مما دل على كونها للمسلمين ، ومعارضتها للأولى من تعارض العام والخاص المطلق ، الموجب لحمل العام على الخاص أو المطلق على المقيد ، لأن تلك الأخبار التي هي من الطائفة الأولى كعموم الآية الدالة على وجوب الخمس ، شاملة - بعمومها أو إطلاقها للأراضي وغيرها من منقول الغنائم ، وهذه الأخبار التي هي من الطائفة الثانية الدالة كونها للمسلمين مختصة بخصوص الأراضي ، وما لا يحول وينقل - وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى جميعها أو الباقية بعد إخراج الخمس منها - إلا أنها - بإطلاقها أخص من الأولى ، والخاص المطلق ، وإن كان بالنسبة إلى ما هو مندرج فيه - مطلقاً أو عاماً - مقسّم على العام المطلق الشامل له ولغيره ومع وجود المرجحات الداخلية - من العموم والخصوص المطلقين - لا يرجع إلى المرجحات الخارجية من موافقة الكتاب ومخالفة الجمهور :

(١) وسائل الشبهة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام حديث رقم (٣) وسند الرواية هكذا : وعنه - أي محمد بن يعقوب - عن أبيه عن معاوية بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله (ع) ..

(٢) تمام الرواية وسندها - كما عن الوسائل للحر العاملي : كتاب الخمس أبواب الأنفال باب وجوب إيصال حصص الإمام حديث رقم (٩) - هكذا محمد ابن محمد في (المقنعة) عن أبي بصير عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « كل شيء قوتل عليه ... » .

فن الغريب : ما وقع من (الثرافي) في (مستنده) حيث جعل التعارض بينهما من العامين من وجه : فقال - بعد أن أورد تلك الأخبار العامة - ما لفظه - : « وهي » ، وإن كانت معارضة مع عمومات الأخبار المصرحة بأنها لجميع المسلمين بالعموم من وجه إلا أن الترجيح لأخبار الخمس لموافقة الكتاب ، ومخالفة العامة (١) .

ومنه يظهر - أيضاً - : ضعف ما ذكره في (الجواهر) من قوله : « كما أن تلك الأخبار الواردة في المفتوحة عنوة » ، وأنها ملك المسلمين وكيفية إخراجها ، لا يأتى التقييد بما هنا : من كون ذلك بعد الخمس فإن الخاص المطلق يأتي تقييده بالعام كذلك ، وإن كان مطلقاً بالنسبة إلى ما هو مندرج تحته .

هذا ، مضافاً الى ما يمكن أن يقال : إن الحسنة المقدمة ظاهرة في المنقول من الثنائيم بقريئة تقسيم الباقي بعد الخمس الى خصوص المقائلين . نعم ، ذيل رواية أبي حمزة ، وإن صرح بالأرض المفتوحة ، إلا أنها بقريئة قوله - بعده - « أو خمس بخمس » ظاهرة في إرادة الانتقال منها ، التي كلها للامام ، لظهور المقابلة لما فيه الخمس في ذلك : ومع فرض التسليم ، فهي - أيضاً لشمولها عامر المفتوحة وموائها وروؤس الجبال وهطون الأودية - أعم مطلقاً مما دل على أن المفتوحة للمسلمين ، بعد معلومية تقييدها بالاجماع وغيره - بالحياة عند الفتح منها فلا مناص عن كون التعارض بين الطائفتين من العموم والخصوص المطلق وأما الطائفة الثالثة التي تأتي أخبارها (٢) ، فلا دلالة فيها على وجود الخمس في هذه الأراضي ، بل هي دالة على كونها للامام - عليه السلام -

(١) راجع : كتاب المكاسب منه : المسألة التاسعة فرع (ج) .

(٢) بعد قليل بعنوان (المقالة الرابعة في أرض الأتقال) .

فهي من الانفال ، فتكون معارضة لأخبار كونها للمسلمين ، حتى في القدر المسلم كونها لهم :

هذا ، مع أنه أعم منها - مطلقاً - لشمولها لجميع الأراضي ، فيكون التعارض بينهما من تعارض العام والخاص المطلق أيضاً ، المنتج - بعد الحمل - كون الأراضي كلها للإمام - عليه السلام - إلا المفتوحة - عنوة - فإنها للمسلمين : وأما الكلام في الحاشية الثانية - فقد عرفت كلمات الأصحاب فيها ، وأن ثبوت الخمس في هذه الأراضي منسوب - في كلام جماعة - إلى ظاهر الأصحاب ، بل صرح غير واحد - ومنهم نخالي المجاهد في (المناهل) (١) بظهور دعوى الاتفاق عليه وعدم الخلاف فيه .

مضافاً إلى ما عرفت : من أنه مقتضى المذهب في (الميسوط) وأنه من الضروريات والمسلمات في (الجواهر) ، ولعل منشأ ذلك ظاهر إطلاق كلام الأصحاب في كتاب الخمس بوجوبه في الغنائم الشامل للمنتقول منها وغير المنتقول ، وإلا فالصرح به بالخصوص ليس إلا البعض منهم ، وإن نسب إلى الماعظم ، نعم في (المدارك) - في شرح قول مصنفه في تعداد ما يجب فيه الخمس : الأول - غنائم دار الحرب مما حواه العسكر وما لم يحويه من أرض وغيرها ما لم يكن غصباً من مسلم أو معاهد - قليلاً كان أو كثيراً - قال : وهذا الحكم مجمع عليه بين المسلمين ، (٢) ، ومثله وقع من (الذخيرة) - في شرح قول مصنفه - أيضاً - مع إطلاق معاهد الإجماعات المحكية فوق الاستفاضة على ثبوت الخمس في الغنائم الشامل لها - أيضاً -

(١) صاحب (المناهل في الفقه) هو السيد محمد المجاهد ابن السيد مير علي الطباطبائي صاحب (الرياض) . ووجه تسميته بالخال : حيث أن والدته سيدنا المصنف بنت صاحب الرياض ، فصاحب المناهل خاله بالذات .

(٢) راجع : أول كتاب الخمس من (مدارك الأحكام) للسيد محمد العاملي

هذا ، ويحتاج بالبال ويخطر في الخيال ، دعوى المناقشة في ذلك كله :
أما ظهور إطلاق كلامهم في الغنائم في كتاب الخمس ، فعارض
بظهور إطلاق كلامهم في حكم المفتوحة عنوة : أنها للمسلمين من غير
تقييد بإخراج الخمس منها .

وأما إجماع (المدارك) و (الذخيرة) ، ففيه : إنه إن كان المشار
إليه ثبوت الخمس في كلي الغنائم ، فسلم كونه مجعلاً عليه بين المسلمين
لكن لا يجسدي في خصوص الأراضي إلا ينحو العموم والإطلاق ، وهو
مخصص كإطلاق معاهد الإجماعات المنقولة على ثبوت الخمس في الغنائم بما
دل على عدمه في الأراضي المذكورة . وإن كان ثبوته في كل ما اندرج
في عبارة المصنف ، فممنوع مسلميته بين المسلمين ، كيف ، وقد تقدم
من (المستند) ترجيح أخبار الخمس بموافقة الكتاب ومخالفة العامة .
فلعل نسبتها له إلى عموم المسلمين ظاهرة في إرادة المعنى الأول .

وأما إطلاق معاهد الإجماعات المحكية على ثبوت الخمس في الغنائم
فهي - كما عرفت - مخصصة كعمومات الكتاب والسنة بما يعارضها من
الأخبار الخاصة الواردة في المفتوحة عنوة بأنها للمسلمين .
فسلم يبق في المقام لثبوت الخمس إلا الشهرة التي لانهض لاثبات
الحكم بها على تقدير تحققها .

لكن - مع ذلك - الأقوى ثبوت الخمس فيها - أيضاً - كغيرها
من منقول الغنائم ، لظهور الاتفاق من إطلاق كلامهم في كتاب الخمس
المتكفل لبيان ما يجب فيه الخمس بثبوته في غنائم دار الحرب ، من غير
تقييد لها بالمنقول منها ، مع كونه مقام بيان التخصيص ، لو كان الثبوت
مخصصاً ببعضها .

وهذا بخلاف إطلاقات كلامهم في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في

كتاب الجهاد - فإنها مسوقة لبيان عدم اختصاصها كالمفتول منها بالمقاتلين وكونها لكافة المسلمين ، واكتفاء منهم في بيان تعلق الخمس بها بما بينوه في محله - من كتاب الخمس - لأنه المقرر لتعيين ما يجب فيه الخمس ، دون كتاب الجهاد ، وإحياء الموات .

ومثله الكلام في إطلاق الأخبار المتقدمة الواردة في حكم الأراضي المزبورة وكونها للمسلمين وفيثا لم ، دفعاً لما بتوهم من كونها مختصة بالمقاتلين منهم : فلا معارضة بينها وبين عمومات الكتاب والنصوص بعد أن كان موردها بحسب السياق مختصاً بغير الخمس منها ، فتبقى العمومات والإطلاقات من الكتاب والسنة والاجتماعات سليمة عن المعارض كافية وافية في إفادة المطلوب من ثبوت الخمس فيها ، مؤيدة بالشهرة العظيمة وتصريح الأساطين بذلك ، بل لم نعر على من صرح بالعدم عدى (الحدائق) ، وإن نسب إلى بعض - وبالأخبار حل الشيعة ما هو لهم مما في أيديهم مما يأخذونه من السلطان ، بقرينة كون المأخوذ - غالباً - من الخراج والمقاسمة ، من غير فرق في الحليسة بين حصته وحصه قبيلته ، ولا استبعاد في إباحتهم لخصه قبياتهم من الأسهم الثلاثة الآخر بعد أن كان زيادتهم له ونقصهم عليه .

الأمر الثاني : على ما هو الأقوى من ملك الرقبة وتعلق الخمس بها فهل يتعين إخراجها من العين - كما عن ظاهر المبسوط والسرائر - أو من حاصلاتها - كما عن ظاهر التحرير - أو التخيير بينهما - كما عن صريح الشرائع والقواعد - احتمالات ، بل لعلها أقوال ، أقواها الأخير . ولعل الأولين يرجعان إليه ،

وعلى تقدير الإفراز من العين - كلا أو بعضاً أو قطعة قطعة - فلا بد من التعديل - أولاً - ثم القسمة بعده على حد القسمة في المشتركات .

الامر الثالث - ما يأخذه السلطان من طرف أجرة الأرض باسم الخراج أو المقاسمة ، إنما يأخذه بدلا عن مجموع الأرض ، لا عن غير الخمس منها ، فالخمس في الخراج وداخل في القبالة ، لاني حصة المتقبل التي هي عوض عمله ، ولا موزع عليها . فلا يتوهم اختصاص صحة المتقبل من السلطان وبراءة ذمة المتقبل بدفع القبالة اليه بغير الخمس من الاربعة أخماس ، اقتصاراً على القدر المتيقن مما أمضاه الشارع بالنسبة الى ما كان راجعاً الى المسلمين - كافة - فيبقى الخمس مندرجاً تحت الأصل وما تقتضيه القواعد العامة ، لاطلاق ما دل على الخراج والمقاسمة المفروض كونها بدلا وقبالة عن مجموع الأرض ، لا خصوص غير الخمس منها .

الامر الرابع - الأقوى ثبوت الخمس في الخراج - مطلقاً في زمني الحضور والغيبة - وان قلنا بعدمهم أخبار التحليل والاباحة منهم لشيعةهم لها ، لا مختصاً بما كان مختصاً بهم من أراضي الألقال ، ونحوها ، لأن مفادها - ظاهراً - على تقدير القول به - هو حلية الأخذ وإباحة التناول مما فيه الخمس من الخراج ، لا سقوطه من أصله ، كما باحتهم للخمس في المتاجر بالنسبة الى ما يؤخذ منها مما فيه الخمس ، لا سقوط الخمس من أرباح التجارات .

خلافاً لظاهر المحكي في (الكفاية) عن بعض (حواشي القواعد) : من التفصيل بين زمني الحضور والغيبة ، حيث قال المحشي - في شرح قوله (يخرج منه الخمس) - : وهذا في حال ظهور الامام وأما في حال الغيبة ففي الأخبار ما يدل على أنه لا خمس فيه ، انتهى .

ولعل نظره في ذلك الى أخبار التحليل والاباحة : وفيه - مع ما عرفت : من مفاد تلك الأخبار على تقدير شمولها

للأراضي الخراجية - : أنه لا ملازمة بين الإباحة والسقوط من أصله ، بل هي على عكسه أدل .

وتظهر الثمرة بينهما في جواز المرفقة منه بمقداره ، وعدمه ، بناء على القول بوجوب دفع الخراج الى السلطان - مطلقاً - أو مع مطالبته ، وجواز التملك ارقبتها احتساباً من الخمس بمقداره ، فيختص بتملكه المحتسب له وإباحة التصرف فيها يخص الامام من سهمه منه للشيعة - مطلقاً - بناء على تحليل الشيعة لما يخصهم من الأراضي كذلك .

مضافاً إلى أن الإباحة والاذن العام منهم وقع ممتداً من زمان حضورهم الى زمان الظهور - عجل الله فرجه - فلا معنى - حينئذ - للتفصيل بين الحضور والغيبة .

الأمر الخامس - ما دل على كون الأراضي كلها للامام عليه السلام بالاطلاق أو العموم ، كخبر عمر بن يزيد : قال رأيت مسمعا بالمدينة - وقد كان حل إلى أبي عبد الله (ع) مالا ، فردده عليه ، فقلت : لم رده عليك ؟ فقال : « إني قلت - حين حلت اليه المال - : إني وليت البحرين والغوص ، فأصبحت أربعائة ألف درهم ، وقد جئتكم بخمسة ثمانين ألف درهم وكرهت ، أن أحبسها عنك ، وأعرض لها - وهي حقك الذي جعله الله لك في أموالنا - فقال : أومأ لنا من الأرض ، وما أخرج الله عنها إلا الخمس ؟ إن الأرض كلها لنا ، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا ، فقلت : وأنا أحل إليك المال كله ، فقال : يا أبا سيار ، قد طيبناه لك وأحللناك منه ، فضم إليك مالك ، وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل ذلك لهم حتى يقوم قائمتنا ، فبجبيهم طسق (١) ما كان

(١) الطسق - بالفتح - : مكيال ، أو ما يوضع من الخراج على الجربان ، أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (القاموس للفيروز آبادي) .

في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم ، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الأرض من أيديهم . . . الحديث (١) .

يجب تقييدها ، أو تخصيصها بتلك الأخبار المتقدمة الدالة على كون الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين ، لكون المعارضة بينهما من تعارض العام والخاص المطلق .

نعم ، يمكن أن يقال - بل قبل - : بكونها للامام عليه السلام أيضاً - بوجه آخر ، وهو أنه يشترط في كون المنقول من الغنمة بعد إخراج الخمس للمقاتلين ، وغير المنقول منها كذلك للمسلمين : أن يكون الاغتنام باذن الامام (ع) وإلا فالكل له يختص به وهو من الألقال :

وعليه ، فما وقع من الفتوحات الاسلامية بعد زمن النبي (ص) مما لم يكن للامام فيه مبسوط اليد يقتضي أن يكون كله للامام عليه السلام سيما وكون الاذن - حيث شك فيه - كان مقتضى الأصل عدمه ،

قال الشيخ - رحمه الله - في (المبسوط) - بعد ذكر حكم هذه الأراضي من كونها بعد إخراج الخمس منها للمسلمين وغير ذلك - ما لفظه : « وعلى الرواية التي رواها أصحابنا : إن كل فرقة غزت بغير الامام فغنمت تكون الغنمة للامام (ع) خاصة ، وتكون من جملة الانفال التي لا يشاركه فيها غيره (٢) » انتهى :

(١) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، باب إباحة حصة الامام من الخمس للشيعة ، حديث رقم (١٢) ، باختلاف بسيط في أوائل الحديث وذكره النراقي باقتضاب في (مسنده ج ٢) آخر كتاب الخمس :

(٢) راجع منه : كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً . . . :

وإن سار الإمام عليه السلام فيها بالخراج أبام خلافته الظاهرة بسيرة من تقدم عليه من الخلفاء الثلاثة ، لعدم تمكنه من التعبير والتبديل ، سيما في مثل هذا الحكم ، بدعواه اختصاص ارتفاع هذه الأراضي بنفسه دون غيره من المسلمين .

وبناسبه أخبار تحليل الخراج لشيعتهم (١) ، المشعر بكونه مختصاً بهم من غير حاجة إلى تكلف التوجيه لإباحة حصة قبيلتهم ، فتكون هذه الأراضي بحكم المفتوحة عنوة ، كما حكاه التراقي في (مستنده) - بعد أن اختاره عن بعض ، بل عن صريح الأكثر - (٢) .

إكن - مع ذلك - الأقوى كونها من المفتوحة عنوة ، موضوعاً لا حكماً - لأن الظاهر تحقق الأذن منهم ، ويكشف عند إخبارهم لها بكونها للمسلمين في تلك الأخبار المتقدمة - بعد تقييدها بما دل على اعتبار

(١) كخبير عمر بن يزيد المتقدم - آتفاً - وبهذا المضمون أخبار كثيرة - في تحليل ما كان لهم عليهم السلام - فهو أشيعتهم . راجع عنها : كتاب الخمس من (مستند الشيعة للترقي ج ٢) المقصد الثالث في قسمة الخمس ، المسألة الثالثة .

(٢) مراده : أن أخبار تحليل الأئمة عليهم السلام الخراج لشيعتهم المشعر بكون الخراج من مختصاتهم ولا يشاركهم فيه غيرهم ، تناسب ما ذكرناه من اشتراط كون الاغتنام بأذن الإمام في كون الغنيمة في المنقول بعد إخراج الخمس للمقاتلين وفي غير المنقول منها بعد إخراجها للمسلمين ، وأما في صورة عدم الأذن منه عليه السلام فالكل له وهو من الأنفال . وعليه فلا حاجة إلى تكلف توجيه تحليل الأئمة عليهم السلام حصة قبيلتهم من الأسهم الثلاثة التي هي للهاشميين وهو نصف الخمس بأن زيادتهم للإمام عليه السلام ونقصهم عليه وإن لم يكن فيه استبعاد ، ولكن ما ذكرناه من كون ذلك من الأنفال المختص بهم عليهم السلام أقرب .

الاذن في ذلك نصاً وفتوى - كما يأتي - :

واختصاص بعضها - سؤالاً وجواباً - بأرض السواد لا يضر مع تعميم الباقي لمطلق أرض الخراج ، سيما مع ورود نحو صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن سيرة الامام (ع) في الأرض التي فتحت بعد رسول الله (ص) ، فقال : إن أمير المؤمنين (ع) قد سار في أهل العراق بسيرة ، فهي إمام لسائر الأرضين . : » الخبير (١)

الدالة على تبعيتها لها في الحكم .

مضافاً إلى ما عن (الخصال) - في الأبواب السبعة - مستنداً إلى جابر الجعفي عن أبي جعفر (ع) : أنه « أتى يهودي أمير المؤمنين (ع) في منصرفه عن وقعة (النهروان) فسأله عن تلك المواطن - وفيه قوله - : وأما الرابعة - يعني من المواطن المحتج فيها بعد النبي (ص) - فإن القائمة بعد صاحبه - يعني : عمر - كان يشاورني في موارد الأمور ، فيصدرها عن أمري ويناظرني في غوامضها ، فبمضيتها عن رأيي ، لا يعلمه أحد ولا يعلمه أصحابي ، ولا يناظرني غيره . : » الخبير (٢) :

ومن المعلوم : أن جهاد الكفار وقتلهم من أعظم الأمور وأغض للفرواخص :

بل استفاض النقل في مشاورتهم لأمر المؤمنين - عليه السلام - في

(١) راجع : مكاسب الشيخ الانصاري ، في آن الأراضي المفتوحة بعد النبي باذن الامام لهامة المسلمين : ومنتهى العلامة : كتاب الجهاد آخر أحكام المساجد والاهلية والمساكن :

(٢) راجع : خصال الصدوق - في الأبواب السبعة - : ج ٢ ص ٢١ طبع

مطبعة الشفيقي إيران سنة ١٣٧٤ هـ .

ج ١ الوجوه التي ذكرها الشيخ الانصاري في الثبات اذن التصرف منهم (ع) ٢٢٩

عظائم الأمور ، ولا يعدون رأيه ، سيما في الحروب (١) ،
مؤيداً بما اشتهر من وجود أبي محمد الحسن بن علي (ع) في العسكر
وإن كنت لم أتحققه (٢) .

ودخول أصحاب أمير المؤمنين (ع) في أعمالهم كعمار بن ياسر ،
وسلمان الفارسي وغيرها (٣) .

هذا ، وذكر شيخنا (المرتضى) في (مكاسبه) وجوهاً ثلاثة
لثبات الاذن منهم - عليهم السلام - زيادة على ما ذكرنا :

الأول - ما أشار إليه بقوله : « مضافاً إلى ذلك أنه يمكن الاكتفاء
عن اذن الامام المنصوص في رسالة الوراق - بالعلم بشاهد الحال برضاء
أمير المؤمنين - عليه السلام - وسائر الأئمة بالفتوحات الاسلامية الموجبة
لتأييد هذا الدين ، وقد ورد : أن الله - تعالى - يؤيد هذا الدين بأقوام
لاخلاق لهم منه » انتهى (٤) .

واعل نظره إلى الاكتفاء بالرضا الغلبي المستكشف - مرة - بالاذن ،
وأخرى - بشاهد الحال . ولا خصوصية للاذن في مقام الكشف ، وإن

(١) راجع - في تفصيل هذا الموضوع - كتاب علي مع الخلفاء للشيخ المحقق
الثبث نجم الدين العسكري فقد أحصى فيه مواضع رجوع الخلفاء والصحابة إلى
أمير المؤمنين عليه السلام :

(٢) لم نجد - رغم تتبعنا حسب الامكان - مصدراً تاريخياً صحيحاً يذكر ذلك

(٣) فهار ابن ياسر استعمله عمر بن الخطاب على الكوفة بعد فتح العراق ،
وسلمان الفارسي استعمله على المدائن وابن مسعود قاضياً وأميناً للمال بعد فتح العراق
وغنمها من الفرس :

(٤) مكاسب الشيخ الانصاري : في حكم الأراضي المفتوحة بعد النبي

بإذن الامام .

وقع التعبير به للغلبة ، فالعبرة بالمنكشف دون الكاشف ،
وفيه : إن الاستكشاف بشاهد الحال : إن كان عند الاقدام على
الجهاد ، فممنوع إحرازه به ، لعدم معلومية تعقب الفتح والغلبة الموجب
للقوة ، وإن كان بعد تحقق الفتح المستلزم للرضا القلبي ، فع أن الرضا
المتأخر لا يحدد بالنسبة إلى ما كان هو شرطاً فيه عند الاقدام عليه ،
لا يبقى مورد لاعتباره في قسمة الغنائم ، إذ الفتح - حينئذ - لا ينفك عن
الاذن ، ومع عدمه لا غنيمة حتى تكون من الانفال ، ولو فرض مورد
لذلك فهو من النادر الذي يأتي حل اخبار اعتباره هذا الشرط وكلمات
الأصحاب عليه .

لا يقال : إن تقوية الدين مرضية عند الامام - عليه السلام - وهي
موقوفة على الجهاد والاقدام على القتال ، وما يتوقف عليه الفعل المرضي
مرضي ، فالجهاد مرضي .

لأن المتوقف عليه كلي الجهاد ، دون الوقائع الشخصية المعتبر فيها
الاذن : ولو سلم ، ففيه ما عرفت من عدم بقاء مورد لاعتبار هذا الشرط
لأنها - حينئذ - تكون من القضية الدائمة لا ينفك الرضا عنه .

الثاني ما ذكره مما يرجع ملخصه الى التمسك باصالة الصحة في الغزو
الصادر من الغزاة ، أي حل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، حيث قال :
« مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه
الصحيح ، وهو كونه بأمر الامام - عليه السلام - » (١) .

وفيه : أنه لا وجه للحمل على الصحة في نحو هذه الافعال المبتنية
على أساس يأتي الحمل عليها ، كيف ، وهم لا يرون لهذا الفعل من
حيثية اعتبار الإذن وعدمه ، انصافاً بالصحة والفساد ، حتى يتجنبوا الفرد

(١) المصدر نفسه بعد تلك الجملة .

الفاسد منها ، فافهم .

الثالث - ما ذكره بقوله : « مع أنه يمكن أن يقال : إن عموم ما دل من الأخبار الكثيرة على تفريد الأرض المعدودة من الالفال بكونها عملاً بوجف عليه بخيل ولا ركاب ، وعلى أن ما اخذت بالسيف من الأرضين بصرف حاصلها في مصالح المسلمين ، معارض بالعموم من وجه المرسله الوراق ، فيرجع الى عموم قوله تعالى : « واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله نحسه وللرسول ولذي القربى . » الآية ، فيكون الباقي للمسلمين إذ ليس لمن قاتل شيء من الأرضين نصاً واجماعاً » انتهى (١) .

وما يخص كلامه وخلاصة مرامه : كون المعارضة بين المرسله وبين الأخبار من تعارض العامين من وجه ، لكون المرسله موردها مطلق الغنيمة الشاملة للأراضي وغيرها ، وتلك الأخبار ، وإن اقتصت بالأراضي إلا أنها مطلقة من حيث اعتبار الاذن ، وعدمه . وبعد التعارض فيرجع إلى عموم الآية ، الدالة على كون الخمس منها للامام ، وحيفته ، فالباقي من الأراضي إما أن يكون لخصوص المقاتلة - ولا قاتل به - فتعين كونه للمسلمين : وفيه : إن المدعى هو وقوع الفتح عن إذلهم ، كما هو صريح كلامه قبل تعداد الوجوه التي اقامها عليه ، وهو لا يثبت بما ذكره من الوجوه الأخبار لأن الثابت به - على تقدير تماميته - هو كونها للمسلمين ، وهو أعم من تحقق اذلان المعتبر ، أو عدم اعتباره من أصله ، والعام لا يدل على خصوص الخاص وإن فرض اعراضه عن الدعوى المزبورة ورجوعه إلى أصل المسألة من اعتبار الاذن وعدمه ، فنمنع الرجوع إلى عموم الآية بمجرد معارضة الأخبار بالعموم من وجه ، للمرسله المنجبرة المرجحة بالمرجحات الكثيرة الموجبة لتفريد غيرها من عمومات الأخبار ، بل وعموم

(١) المصدر نفسه بعد تلك الجملة :

الآية بها - كما ستقف عليه - ان شاء الله - عند تعرضنا له في الأنفال .
 الأمر السادس - ما يفتح من الأراضي عنوة في زمان الغيبة بالجهاد
 دفاعاً اذا استلزم ذلك كان - أيضاً - للمسلمين ، لأنه من الاغتنام مع إذن
 الامام (ع) بالاذن العام ، لوجوب الدفاع عن بيضة الاسلام ، وأما
 الجهاد - لا عن دفاع - ففي كونها للمسلمين كدافة أو للامام (ع)
 خاصة وجهان مبنيان على اعتبار الاذن وعدمه ، إذ لم يعلم الاذن منهم
 في الغيبة على الجهاد الابتدائي الا بدعوى العلم بشاهد الحال وقد عرفت
 ما فيه .

الأمر السابع - : لا تخرج الأراضي عن كونها خراجية بتغلب
 الكفار عليها ، فلو عادت الى المسلمين - ثانياً - ضرب عليها الخراج ،
 وان كان العرد عليهم لا بالغلبة منهم ، بل بالانحلاء عنها ونحوه ، لدخولها
 في ملكهم - أولاً - بالفتح عنوة وعدم وجود ما يوجب خروجها عنه ،
 وان هي إلا كالأعيان المغصوبة عندهم ، فهي باقية على حكمها الأولي من
 كونها للمسلمين وإن كالت تحت يد الكفار .

الأمر الثامن - : المراد بالمعمورة عند الفتح وكونها للمسلمين : كونها
 لهم بعمارتها الكائنة فيها ، فافيهما من الدور والقصور وسائر الآثار من
 النخيل والأشجار بأراضيها للمسلمين ، إذ لا فرق في صدق المعمورة بين
 كونها عامرة بنفسها كالمزارع ، أو من حيث وجود العمارة فيها كالدور
 والعقار . نعم العمارات المستحدثة بعد الفتح لأربابها المحدثين لها لا يشاركهم
 فيها غيرهم :

فاذا عرفت أن الأرض - بما فيها من العمارات والآثار الكائنة عند
 الفتح - للمسلمين ، أشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من
 الآلات والأواني كالجص والآجر والكيوان المعمولة من طينها ، وأشكل

ج ١ حكم المفتوحة عنوة - في زمان الغيبة ، وتعريف المعمورة عند الفتح ٢٣٣

منه ، تملك ما يستخرجونه من تلك الأبنية القديمة بحضر أو قلع مما كانت
عمارة قبل الفتح وعند الفتح ، ولو بمعونة إصالة تأخر الخراب عن الفتح
المعلوم تأريخه كالمداين ، ولعل منها (الخورنق) ، وأراضي (بابل) ، ونحو
ذلك من الآثار القديمة . فالأبنية المستحدثة بعد الفتح من تلك الآثار القديمة
والمعمورة من هذه الأراضي ، ينبغي أن تكون - أيضاً - للمسلمين ، فكيف
تكون ملكاً خاصاً ؟ فضلاً عن تملك الأرض تبعاً لها مع إجراء أحكام
الملك الخاص على كل من القسمين من النقل والانتقال ونحو ذلك : وإذا
اعتبر العلامة - رحمه الله - وجماعة - على ما حكى عنهم - في صحة رهن
الآثار المستحدثة في المفتوحة عنوة - أن لا تكون معمورة من تلك الأراضي -
ودعوى كونها بالانفصال والمدم صارت مواتاً ، وبالأعمال فيها
عادت حياة ، فيملكها المحيي لها ، لعموم أخبار الإحياء ، مع منع دعوى
انصرافها إلى غير ذلك لكونه من الانصرافات البدوية التي لا يعمل عليها
فاسدة ، لأنه على تقدير تسليم منع الانصراف وشمول الأخبار لمثل
ذلك - أرضاً وحياة ومماتاً - أن التملك بالأحياء مشروط بعدم سبق الملك
لمالك معلوم بغير الأحياء ، وهما المالك معلوم ، وهم المسلمون ، والملكية
لهم بالاغتنام ، فلا تكون مشمولة لأخبار التملك بالأحياء . وحينئذ ، فالقاعدة
تقتضي توقف تملكها على الشراء من السلطان أو الحاكم وصرف الثمن في
مصالح المسلمين ، أولاً أقل من الاستيذان من أحدهما ، مع امكان
أن يقال : لا مدخلة للسلطان فيه ، لأن القدر المسأذون في تناوله منفعة
الأرض ، لا أجزاءها . إلا أن يكون الأخذ على وجه الالتفاف لا التملك
فيجوز ، مع أن عمل الناس وسيرتهم على التملك من دون توقفه على شيء
من ذلك .

هذا ولعل الوجه في صحة التملك : هو أن يقال : إن المنفعة من

أجزاء الأرض لعمل اللبن والأواني وسائر الآلات المحتاج لها والمضطر إليها عموم الناس - تعد من منافعها ، وإن كانت عند الاتصال بها وقبل الاتصال عنها تعد من عين الرقبة ، فعموم الانتفاع بالأجزاء المنفصلة موجب لصدق المنفعة عليها وإن كانت هي من الأعيان الخراجية ، وهذه المنفعة مهدولة للمسلمين - كافة - من غير تخصيص من هذه الحيشة ببعض دون بعض ، وإن كان المأخوذ يختص به الآخذ ، والعمرة بعموم البذل في صدق كونها مصروفة في المصالح العامة ، فهو بحكم المباح ، وإن كان ملكاً للجميع ، لعموم البذل ، فيختص به من سبق إليه ، لعموم قوله (ص) « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد : . . » (١) .

وإن أبيت إلا لزوم تحقق الاذن مع ذلك - أيضاً - فهو متحقق بالسيرة القطعية للكاشفة عن ذلك .

هذا بالنسبة إلى ما يعمل من الأرض كاللبن والأواني . وأما المستخرجة منها من تلك العمارات القديمة مما هو مدفون في الأرض بعد هدمها ، فقد يقال : إنها تعد من أجزاء الأرض كالمختلفة في ممر المياه من الطين والرمل من غير فرق بين أساس العمارة في الأرض ومهدومها ، فيكون - حينئذ - حكمه حكم ما مر من الأجزاء المنفصلة . نعم ، الآثار القائمة على الأرض مما لا يعد جزء منها كطاق كسرى ونحوه ، يشكل تملكها بالقلع إلا باذن السلطان أو الحاكم ، ولا حرج في الالتزام بذلك - بخصوصه - ولم تقم سيرة عليه كذلك .

الأمر التاسع - : ينفرع على ما ذكرنا - مما هو المجمع عليه : من كون المفتوحة عنوة للمسلمين - قاطبة - : أنه لا يجوز التصرف فيها

(١) راجع الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) وفيه : إلى ما لم يسبقه إليه

مسلم فهو له .

ج ١ في عدم جواز التصرف في المفتوحة فيه اذن الامام، وينفتح المسألة في مقامين ٢٣٥

بالبيع والشراء وسائر النوافل المملوكة لها ولا رهنها ولا وقفها، بل ، ولا يصح
تعميرها بدون إذن ببناء دور ومنازل وسائر الآثار من غرس نخيل وأشجار
قيل في (المبسوط) : « ولا يصح بيع شيء من هذه الأراضي
ولا هبتها ولا معاوضته ولا تمليكها ولا وقفه ولا رهنه ولا إرثه ، ولا يصح أن
يبني دوراً ولا منازل ولا مساجد ولا سقايات ولا غير ذلك من أنواع
التصرف ، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً ، وهو باق على
الأصل ، انتهى (١) .

وتنقيح هذه المسألة يتم ببسط الكلام في طي مقامين :
الأول - هل يجوز إيجاد العمارة وإحداث الآثار في المفتوحة عنوة
من دون توقف على الاذن من الامام - عليه السلام - أو من يقوم مقامه
أو لا يجوز إلا باذن منه ؟ .

فنقول : مقتضى الأصل الأولي فيها كان مملوكاً للمسلمين - كافة -
هو العدم الحاكم على إصالة الإباحة في الأشياء : ولكن قد يقال بالخروج
عنه ، والحكم بالجواز : إما مطلقاً ، لأخبار التحليل ، أو التفصيل بين
ما عرض له الموت بعد الحياة عند الفتح ، لعموم أخبار الأحياء ، وبين
ما كان باقياً عليها .

وفيه : أما أخبار التحليل ، فهي مختصة بما كان لهم من الانفال ،
دون ما كان للمسلمين ، ولهم ولاية النظر فيها . وأما أخبار الأحياء ،
فهي مقيدة بعدم سبق الملكية لمالك معلوم - وفي الفرض مملوك والمالك
معلوم وهو المسلمون .

فاذاً ، لامتناع عن القول بالتوقف على إذن الإمام ، أو من يقوم
مقامه ، وهو لا ينافي الحكم بملكية الآثار لمن كانت يده عليها ، حملاً للتصرفات

(١) راجع: كتاب الجهاد منه، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً

على الوجه الصحيح : من تحقق الإذن عند إيجادها وإحداثها .
ودعوى سقوط اعتبار الإذن في زمان الغيبة ، أو تحققها فيه ، على
عهدة مدعيها .

وقياسه بالأجزاء المنفصلة منها لعمل الآلات والأواني ، لعدم الانتفاع
ومسئس الحاجة - أيضاً - قياس مع الفارق . والسيرة عليها بدون الإذن
ممنوعة .

الثاني - اختلفت كلماتهم : في عدم جواز بيع المفتوحة عنوة ، وغيره
من النواقل - لعدم التملك مطلقاً - أو جوازه كذلك ، أو التفصيل بين
جواز بيعها تبعاً للآثار - بناء على أنها تملك تبعاً لها ، فيدخل في المبيع
بالنوعية أو الجزئية ، أو التفصيل بين زماني الحضور والغيبة - كما نسب إلى الدروس
- وإن كان في النسبة نظراً - كما ستعرفه عند التمرض لكلامه - : أقوال :
ذهب إلى الأول منها - جم غفير ، وهو المحكي عن الشيخ في كتابه :
النهاية (١) والمبسوط - في مواضع منها (٢) وابن إدريس - في موضع من
المرائر - حتى أنه أورد على نفسه - بعد المنع عنه مطلقاً - بما نصه :
« فإن قيل : زاكم تبيعون ونقفون أرض العراق - وقد أخذت عنوة ،
قلنا : أنا نبيع ونقف نجبرنا وبناءنا ، فأما نفس الأرض لا يجوز

(١) راجع كتاب النهاية - آخر كتاب الزكاة - باب أحكام الأرضين حيث
يقول في تقسيمها : « وهذا الضرب من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لا يصح
التصرف فيه بالبيع والشراء والتملك والوقف والصدقات » .
(٢) - كما سبق آنفاً - عن المبسوط كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل
فتحت عنوة أم صلحاً ؟

ذلك فيها ، (١) .

بل قيل : هو المشهور ، ولا سيما بين القدماء ، بل لسبب القول
بالجواز الى الشكوك - كما عن موضع آخر من السرائر - نقلاً عن الشيخ : انه
اذا حاجر أرضاً ثم باعها لم يصح بيعها ، وفي الناس من قال : انه يصح
وهو شاذ ، وأما عندنا فلا يصح بيعه . : : الخ (٢) .

بل ظاهر (الغنية) والكركي في (قاطعة اللجاج) دعوى الاجماع :
قال - في الأول - : « وهذه الأرض المفتوحة عنوة بالسيف لا يجوز
التصرف فيها ببيع ولا وقف ولا غيرها - ثم ذكر أحكامها ، وما يختص
بالإمام - عليه السلام - من الأنفال - الى أن قال : ودليل ذلك كله
الاجماع المتكرر » (٣) .

وقال - في الثاني - : « . . . قال الشيخ في المبسوط والنهاية ،
وكافة الأصحاب : لا يجوز بيع هذه الأرض ولا هبتها ولا وقفها » انتهى (٤)

(١) راجع من (السرائر) آخر كتاب الزكاة ، باب أحكام الأرضين وما
يصح التصرف فيه ، وما لا يصح ، وقبل هذه العبارة وتامها هكذا : « وهذا التصرف
من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف
والهبة وغير ذلك : : : »

(٢) راجع هذه الجملة في آخر باب أحكام الأرضين من السرائر أثناء عرض
الآراء في المسألة .

(٣) راجع ذلك في آخر كتاب الجهاد من (الغنية لابن زهرة) المطبوع
في إيران ضمن جوامع الفقه .

(٤) راجع : المسألة الثالثة من المقدمة الثانية - في حكم المفتوحة عنوة - من
الرسالة وهي مطبوعة - كما مر عليك - ضمن مجموعة رسائل رضاعية وخراجية في
إيران .

والى الثاني - السبزواري في (الكفاية) (١) والسيد العاملي في (مفتاح الكرامة) (٢) - في ظاهر كلاميهما - .

والى الثالث - جمع كبير - كما عن التحرير ، والمختلف ، والمنتهى (٣) وحواشي الشهيد ، واللمعة ، والروضة ، والمسالك ، وموضع من التذكرة والسرائر . وفي (المسالك) نسبة الى جمع من المتأخرين (٤) . بل نسبة بعضهم الى مشهورهم . بل عن حواشي الشهيد : دخولها في المبيع بنحو الجزئية ، دون التبعية المحضة حيث قال - : « اذا بيعت تبعاً للآثار جاز أن تكون مجهولة ، والأولى أنها جزء المبيع ، فلا بد من العلم بها أيضاً » ، وقال في (الدروس) : « لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا باذن الامام - عليه السلام - سواء كان بالمبيع أو الوقف أو غيرها ، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك ، وأطلق في (المبسوط) : أن التصرف

(١) حيث يقول في كتاب الجهاد المبحث السابع - بعد تعرضه لقول الشيخ في المبسوط ، والشهيد في الدروس بالمنع - « والأقرب القول بالجواز . . . » .

(٢) راجع ذلك في أوائل كتاب إحياء الموات منه .

(٣) راجع - من مختلف العلامة - كتاب الجهاد ، آخر الفصل الخامس في أحكام الأرضين . ومن المنتهى للعلامة أيضاً كتاب الجهاد ، المبحث الثالث في أحكام الأرضين .

(٤) قال الشهيد في المسالك في شرح قول المحقق : ولا يجوز بيعها . . . فاذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع ، وكذا الوقف وغيره ، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً ، فاذا ذهبت أجمع انقطع حتى المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين ، وعليه العمل » .

فيها لا ينفذ « (١) :

وقال ابن ادريس : « إنما يباع تحجيرنا وبنائنا ونصرفنا في نفس الأرض » انتهى (٢) .

وانسب إليه القول بالتفصيل بين زمني الحضور والغيبة : بعض مشايخنا منهم شيخنا في (الجواهر) والفاضل الجواد في (شرح المعين) . بل استظهر منه في (مفتاح الكرامة) : جواز بيعها بمجردة عن الآثار :

قلت : وظاهر عبارته - وإن أوهم ذلك في بادئ النظر - إلا أنه بعد ادنى التأمل فيها - تجدها ظاهرة في التفصيل بين الزمانين في أصل التصرف بأحداث الآثار ، وأنه لا يجوز في زمان الحضور إلا بإذن الإمام عليه السلام وبسقط اعتبار الاذن فيه ، فيصح وينفذ في زمان الغيبة . فهو فائت بصحة البيع ، تبعاً للآثار الصحيحة ، غير أن الآثار لا يصح أحداثها في زمان الحضور إلا بإذنه ، وتصح في زمان الغيبة ، لسقوط الاذن فيها ثم - بناء على الملكية التبعية - ففي زوالها بزوال الآثار - كما في (المسالك) وغيره (٣) ، أو بقائها - وإن زالت - كما في (المستند) (٤) وجهان : مبييان على أن الملكية - ولو بالتبعية - : هل هي متعلقة بنفس الأرض من حيث هي ، فلا بد - حينئذ - في خروجها عنها من مخرج شرعي

(١) راجع كتاب الجهاد منه ، درس في اللواحق

(٢) مضي آنفاً ص ٢٣٦-٢٣٧ نقل هذه العبارة عن (السرائر لابن ادريس)

كتاب الزكاة :

(٣) تقدم - آنفاً - ص ٢٣٨ ما نقلناه عن المسالك في ذلك ،

(٤) راجع منه : كتاب المكاسب ، في بيان جواز بيع الأراضي المفتوحة

عنوة وعدمه :

أو متعلقة بها من حيث انصافها بالوصف العنواني ، وهو التاهية الموجب لزوالها بزوال الآثار ، لانقضاء الموضوع - حيث - ولو بانقضاء جزئه ، وهو وصف التاهية ؟ .

ولعل الثاني هو الأظهر . وعليه ، فلا تبقى الملكية بعد زوال الآثار الموجبة لها بالتاهية .

حجة القول بالمنع - مطلقاً - : - مضافاً الى أنه مقتضى الأصل فيما هو ملك المسلمين - قاطبة - وظاهر الإجماع المتقدم : - الأخبار التاهية عن شراء أرض الخراج (١) :

حجة القول بالجواز - مطلقاً - : - الأخبار الدالة على جواز شراء تلك الأرض التي :

منها - دلالة الاستثناء في ذيل (صحيحة الحلبي المتقدمة) (٢) : ومنها - صحيحة محمد بن مسلم قال : « سألت عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله (ص) على أهل نخبير ، فخارجهم على أن تترك الأرض في أيديهم ، يعملونها ويعمرونها ، . . . وإما قوم أحبوا شيئاً من الأرض أو عملوه ، فهم

(١) راجع - في ذلك - (مستند التراقي) كتاب المكاسب : المسألة التاسعة

لا يجوز بيع الأراضي المفتوحة عنوة ، فقد استعرض روايات كثيرة في المقام .

(٢) راجع : ص ٢١١-٢١٢ من هذا الكتاب - ونص الصحيحة - كما عن كتاب

البيوع من الجواهر - في شرح قول المحقق (وأما الأرض المأخوذة عنوة) : « سئل أبو عبد الله (ع) عن السواد : ما منزله ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلت : الشراء من الدهاقين ؟ فقال : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين ، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها » .

ج ١ الأخبار التي امتد بها الخو زون لشراء أرض الجزية، والجواب عنها ٢٤١

أحق بها وهي لهم » (١) .

ومنها : - صحيحة محمد بن مسلم ، قال : « سأله عن شراء أراضيهم فقال : لا بأس أن تشتريها فتكون إذا كان ذلك بمنزلةهم ، فتؤدي فيها كما يؤدون فيها » (٢) .

ومنها : - رواية أبي بصير ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن شراء الأرضين من أهل الذمة ؟ فقال : لا بأس أن يشتري منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم . وقد كان رسول الله (ص) حين ظهر على خيبر وفيها ، خارجهم على أمر وترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها » (٣) .

ومنها : - رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سأله عن ذلك فقال : لا بأس بشرائها ، فانها إن كانت بمنزلةها في أيديهم يؤدي عنها كما تؤدي عنها » (٤) .

ومنها : - رواية إبراهيم بن أبي زياد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية ؟ فقال : اشترها فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك » (٥) .

(١) تهذيب الشيخ : كتاب التجارات ، باب أحكام الأرضين ، حديث تسلسل ٦٥٥ .

(٢) راجع : تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، ١١ باب أحكام الأرض ، حديث تسلسل ٦٥٦ .

(٣) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٥٧ .

(٤) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٦٢ ، باختلاف بسيط في بعض الكلمات

(٥) راجع كفاية الأحكام للسبزواري كتاب الجهاد ، القول في أحكام

الأرضين المبحث السابع :

ومنها - خبر حرير عن أبي عبد الله (ع) قال : سمعته يقول :
رفع إلى أمير المؤمنين (ع) : رجل مسلم اشترى أرضاً من أراضي الخراج
فقال (ع) له مالنا وعليه ما علينا ، مسلماً كان أو كافراً ، له ما لأهل
الله وعليه ما عليهم ، (١) .

ومنها - رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي ، عن رجل اشترى أرضاً
من أراضي الخراج ، فبني بها أو لم يبن ، غير أن أناساً من أهل الذمة
زاولوا ، أله أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم ، قال :
بشارطهم ، فما أخذ بعد الشرط ، فهو حلال ، (٢) .

ومنها - ذيل رواية صفوان - المتقدمة - الناطقة بعد النهي عنه بقوله
قلت : يبيعهما الذي هو في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم
قال : لا بأس ، اشتر حقه منها ، ونحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون
أغوى عليه وأملأ بخراجهم منه ، (٣) .

وفيه - مع أن مررد جملة منها - بل أغابها - أرض الجزية المحتل فيها
لإيجالها كون الأرض ملكاً لهم ، ووصلحوا على أنها لهم والجزية فيها على أعناقهم
وإن سميت بالأرض الخراجية لكون الخراج للمسلمين - كما في الجواهر - (٤)

(١) راجع - كتاب البيع من الجواهر - في شرح قول المحقق (يجوز بيعها
تبعاً لآثار التصرف) والوافي ، أبواب أحكام الأرضين ، باب ١٥٩

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، باب أحكام الأرضين ، حديث
تسلسل ٦٦٣ ، و ٦٧٩ باختلاف الطريق إلى اسماعيل بن الفضل .

(٣) راجع الرواية - كاملة - في تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، آخر
باب أحكام الأرضين ، حديث تسلسل ٦٨٦ ونقدت في هذا الكتاب ص ٢١٢ .

(٤) راجع منه : كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت
صالحاً فهي لأربابها - فإنه يرى ذلك بعد عرضه لقسم من الروايات المذكورة في
المتن - وكتاب البيع - في شرح قول المحقق (ويجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف) .

ج ١ حجة الفاضل بجواز بيع تلك الأرض تبعاً للآثار ، والجواب عنها ٢٤٣

وان كان فيه من البعد ما لا يحق - :

أنها لا تدل على ملكيتها - مطابقاً - حتى مع تجردها عن الآثار ، بل اعلها بعد التأمل يظهر كونها عند الشراء مشغولة بالآثار التي هي مملوكة للبائع ، - كما يؤمى إليه ذيل خبر صفوان - بناء على أن المراد من (الحق) هو الآثار المبنية كيف - ومع التجرد عنها هو كغيره من المسلمين لا يملك بالخصوص شيئاً حتى ينقله الى المشتري .

ولو سلم ظهور بعضها - ولو بالاطلاق - إلى ما كانت مجردة عن الآثار فهو محمول على إرادة صورة الشراء ، ولو بضرب من التسامح بإرادة مجرد رفع ذي اليد بده عنها ، دون الشراء الحقيقي المتوقف على تملك البائع لها ، إذ لا بيع إلا في ملك - ومثل هذا النحو من اليد يعبر عنه في عرفنا - الآن - بـ «اللزمة» وليست هي بدأ تنفيذ الملكية أو الاختصاص إذ لا شيء له فيها حتى يوجب شيئاً من ذلك .

حجة القول بتملكها - تبعاً للآثار ، فيجوز بيعها كذلك :

هو الجمع بين ما دل على المنع من الأخبار بحمله على بيعها مجردة عن الآثار ، وبين ما دل على الجواز بحمله على بيعها تبعاً لها ، مضافاً إلى دعوى السيرة القائمة بين الناس : بخلافاً عن سلف على بيعها وشرائها ، سيما الدور والعقارات ، ووقفها مدارس ومساجد أو غيرها غير وليس إلا لكون الأرض مملوكة لمالك الآثار بالتبع .

وفيه : إن هذا النحو من الجمع يتوقف على وجود شاهد له غير موجود في المقام ، ودعوى السيرة على ذلك على عهد مدعيها ، سيما في الدور والعقار كالمزارع ونحوها .

والإصاف : أنه لا استفاد من الأدلة - سيما بعد ملاحظة الأخبار الناهية ومقتضى الأصول الأولية - أزيد من ثبوت حق الاختصاص والأولوية

بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها ، فإذا بيعت الآثار المملوكة لبائعها
لحق المشتري ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية
بالتصرف .

هذا ، ويشكل الحكم في الأوقاف العامة المبنية على الدوام ، سيما في
المساجد لتعلق الغرض الأصلي في وقف المسجد بأرضها ، وإن قلنا بملكية
الأرض تبعاً للآثار الموجب لزوال الوقفية بزوالها الموجودة في الأراضي
المفتوحة عنوة ، سيما فيما كان معلوماً منها كأرض العراق فضلاً عما أوقلنا
بعدم ثبوت غير حق الاختصاص فيها بترتب أحكام المسجدية - حينئذ -
في نفس الأرض ، حتى مع وجود الآثار التي لم يتعلق الوقف - حينئذ -
إلا بها - خاصة - وهذا الالتزام من الشناعة بمكان كشناعة الحكم ببطالان
المساجد المبنية في العراق عند خرابها وزوال آثارها . مع أن السيرة القطعية
قائمة بين الخواص والعوام على بقاء الأوقاف - خصوصاً المساجد - على
وقفيتها ، وترتيب أحكام مسجديتها وإن زالت الآثار بمجملتها ،
فلا بد من توجيه ذلك بما ينطبق على ما ذكرناه من حكم المفتوحة
عنوة ، فنقول :

أما بناء على بقاء الملكية التبعية في الأرض - بعد زوال الآثار - :
فواضح ، وأما بناء على زوالها بزوال الآثار ، فيمكن أن يوجه بوجه :
الأول - : إن المساجد الموجودة في المفتوحة عنوة - مثلاً - مما يشك
في كون أرضها بالخصوص كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون
والأصل يقتضي عدمه ، وهو كاف في الحكم بدوام الوقفية ، وإن زالت
الآثار : نعم ، أو فرض - نادرأ - تحقق العلم بذلك في أرض مسجد -
مثلاً - فلا تمنع من انقطاع الوقفية بعد اندراس الآثار بالكلية ، ولا يلزم
من الالتزام بذلك - لغاية ندرتها - شناعة ولا مخالفة للسيرة ، إذ تمنع قيامها

على مثل ذلك - أيضاً - :

الثاني - إن اليد النوعية عليه كاليده الشخصية بالنسبة إلى ما هي عليه من الدلالة والامارية والمساجد والمدارس ونحوها من الأوقاف العامة عليها يد المسلمين نوعاً فيحكم بمقادها كما يحكم بمقاد اليد الشخصية ، بناء على اعتبارها في إفادة الملكية المطلقة بالنسبة إلى ما كانت هي عليه في المفترضة صوة - كما يأتي - بل اليد النوعية منتهية إلى اليد الشخصية ، وهي يد الواقف الممكن في حقه التملك على بعض الوجوه المصححة له .

الثالث - إن الملكية الكلية المرددة بين ما يقتضي دوامها ، كما لو كانت مواتاً عند الفتح بملكها المحيي لها - دائماً - لكونها للامام عليه السلام دون المسلمين ، وبين ما لا يقتضي ذلك ، كما لو كانت بحياة عنده مستصحبة وهي كافية في الحكم بالدوام ، ضرورة أن الحكم بانقطاع الوقف بعد زوال الآثار من أحكام الملكية المقيدة بها وجوداً وعدمياً ، دون مطلق الملكية أو الملكية المطلقة .

غير أن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اختاره من عدم ثبوت غير حق الاختصاص في الأرض ، إذ لا وقف إلا في ملك ، الأمر العاشر - لإشكال في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة ، أو من العامر في وقتها بما يفيد العلم : من التواتر والشياع والقرائن القطعية المقيدة له ، وهل يثبت بما يفيد الظن من الإمارات الظنية كقول المؤرخين وغيرهم ؟ .

وبعبارة أخرى : هل الظن يقوم مقام العلم وما يحكمه في ثبوت ذلك أولاً ؟ ذهب جماعة - ومنهم شيخنا في الجواهر - إلى عدم اعتبار الظن هنا ، وذهب غير واحد - ولعله الأكثر - إلى اعتباره .
حجة المنع عن العمل بالظن : الأصل ، وعدم الدليل عليه ،

بل الدليل على عدمه من الكتاب والسنة ، فيجب الرجوع - حينئذ - مع عدم العلم أو ما في حكمه كالبينة - إلى ما تقتضيه الأصول المعتبرة .
 وحينئذ ، فما كان الشك في كونها من المفتوحة عنوة ، أولاً ، فقتضي الأصل عدمه وعدم تحقق ما هو سبب الملكية للمسلمين . وإن كان الشك في عمارتها عند الفتح بعد إحراز كونها منه . فإن علم كونها معمورة قبل الفتح وشك في خرابها قبله أو بعده كان الحياة مستصحبة إلى ما بعده فيكون للمسلمين ، وإن لم يثبت به عنوان المرات بعده ، لكونه من الأصل المثبت ، إذ الحكم المزبور مرتب على الحياة عند الفتح وإن لم يعلم ذلك ، سواء علم بهارته وشك في تقدمها على الفتح أو حدوثها بعده أو لم يعلم بها أصلاً ، وكانت محتملة ، فالأصل يقتضي عدم .

لا يقال : إنا نعلم كون الأراضي منها ما هي عنوة وما بحكمها ، ومنها ما هي ليست كذلك واشتبه علينا وكان من الشبهة المحصورة من الكثير في الكثير ، فيجب الاجتناب عن جميعها ، إذ لا يجري للأصول في أطرافها - على الأقوى - كما تقرر في محله . ومثله الشبهة في كونها عامرة أو غامرة عند الفتح لعدم الإبقاء بجميع أطرافها بالنسبة إلى من يجري الأصل في قطعة منها التي هي محل اهتلاته .

واستدل : في (الكفاية) على كفاية الظن مطلقاً ، وقيامه مقام العلم بما نصه - في البلد المشكوك - : « فاما أن يجري عليه خصوص حكم بلا أمر دال عليه أو إمارة ظنية ، ففيه ترجيح حكم بلا مرجع ، أو يرجع فيه إلى الظن . وإذا بطل الأول فعين الثاني ، وإيضاً ، إن كان المظنون فيه أمراً كان خلافه مرجوحاً ، فاما أن يعمل فيه بالراجع أو بالمرجوح أولاً يعمل بشيء منها . لا وجه للثالث ، وهو ظاهر ، ولا وجه للعمل بالمرجوح ، فتعين المصير إلى الأول » انتهى موضع الحاجة من

ج ١ في ثبوت كون الأرض من المفتوحة أو العامرة بالظن، والخلاف في ذلك ٢٤٧

كلامه (١) ،

وفيه : إن العمل بما تقتضيه الأصول ليس من الترجيح بلامرجح ، فضلاً عن كونه ترجيحاً للمرجوح بل هو من العمل بالدليل الشرعي ، واعتبار رجحان الظن أو الكلام ، سيما ومقتضى الأصل عدمه .

هذا ، ولعل الأقوى في المقام ونحوه مما يتعذر العلم وما يحكمه من البينة في تشخيص الموضوعات التي يترتب عليها الأحكام - الرجوع إلى الظن الحاصل من أهل الخبرة في تشخيصها سواء كان الشك في مفهوم الموضوعات أو في مصاديقها ، فإن المرجح في ذلك العرف الخاص ، كما عليه بناء العقلاء في معرفة ما يتعلق به أغراضهم من ذلك ، ومنه الظنون الرجالية والحاصل من قول اللغويين .

ويرشد إليه صحيحة عمار الساهاطي في معرفة المواقيت عن الصادق عليه السلام ، قال : « يجزئك إذا لم تعرف العقيق أن تسأل الناس والأعراب عن ذلك » (٢) .

وكلمة (يجزئك) ظاهرة في كفاية الظن ، إذ ما وراء العلم من شيء .

(١) قبل هذه العبارة - كما في المبحث الثالث من كتاب الجهاد - القول في أحكام الأرضين « فإن علم كون بلد آخر كذلك (أي مفتوحة عنوة) فذلك ، وما لم نعلم فيه ذلك وكان مشتبهاً فالظاهر أن يعمل بالظن هنا ، بيان ذلك أنا نعلم أن بعض البلاد كان مفتوحاً عنوة وبعضها صلحاً ، وما كان صلحاً اشبه أمره في أن الصلح وقع على أن تكون الأرض لهم أو وقع على أن تكون الأرض للمسلمين فبكون حكمه حكم المفتوح عنوة ، فهذا البلد المشتبّه إما أن يكون على سبيل الأولين فبكون حكمه حكم المسلمين وعليه الخراج ، أو على سبيل الثالث فلم يكن عليه خراج » .

(٢) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الحج ، باب جواز سؤال الناس

عن الميقات مع الجهل به . . . حديث تسلسل (١) .

ويمكن أن يقرر الدليل بنحو أسد من ذلك بما يرجع إلى دليل الانسداد وتقريره : هو انسداد باب العلم وما يحكمه في المقام لتطاول الزمان وخراب العمران وعدم إمكان الرجوع إلى الأصل ، للزوم المخالفة القطعية - كثيراً - وعدم إمكان تعطيل حكم تلك الأراضي ، والعمل بالاحتياط متعذر أو متعسر ، فلا مناص عن العمل بالظن الحاصل من القرائن والآثار القديمة وكلام السير والتواريخ المعتبرة والتدرج في العمل بالظن إلى الأقوى فالأقوى كما هو جار في كثير من الموضوعات العامة البلوى التي أسد فيها باب العلم وما يحكمه من البيئة كوضوح النسب ونحوه .

والظاهر : عدم التعويل على ضرب الخراج ، وإن عول عليه غير واحد من الفقهاء لأن اعتباره إن كان من جهة حل فعل المملعين على الصحة ، ففيه : أنها منتفية بفساد أساسه - كما تقدم - فلا صحة حتى يحمل عليها . ودعوى وجوب الحمل على ما يوجب أخفية الفساد عند الدوران بينه وبين الأشد والأفسد ، لا دليل عليه .

وإن كان من جهة إفادته الظن ، فالصغرى ممنوعة - بهد أن كان الخراج مضروباً على الأراضي الخراجية وغيرها من الأقاليم والتي صولحوا عليها ، على أن الأرض لهم والجزية في أعناقهم . ومنه يعلم أن المشكوك منها الخبارة - فعلاً - المراد حالها بين كونها خراجية أو مجهولة المالك أو هي للإمام عليه السلام من تركية من لا وارث له ، لدورانها في نفس الأمر بين كونها من عامرة (المفتوحة عنوة) أو من غيرها ، فملكها الخبي لها ، غير أنه مجهول المالك ، إن كان هو أو وارثه موجوداً لا نعلمه ، وإلا فهو ميراث الإمام لأنه وارث من لا وارث له ، وإن دخل في أطراف الشك كونها مما ينبغي عنها أهلها ، احتمال كونها للإمام من هذه الجهة - أيضاً - يرجع في أمرها إلى الحاكم ، وإن كان عليها بد الجائر أو بد

ج ١ في جواز إقطاع شيء من الأرض المفتوحة لبعض من الامام أو نائبه ٢٤٩

من أخذها منه بالخراج ، إذ لا يد له في الحقيقة عليها لكونها عادية في الخراجية - أيضاً - فلا يثبت كونها خراجية بقول ذي اليد ، ولا بضرب الخراج ، لما عرفت . ويعمل فيها الحاكم : إما بالقرعة ، لكونها لكل أمر مشكل - وإن كان العمل بهامع عدم الجائر لها أشكل - أو بصرف أجرتها فيما ينطبق عليه كل من المتناوين المتقدمة .

نعم ، لو كانت تحت يد مدعي المالكية لها حكم بها له ، ولليد ، لا مكان تملكها بوجوده من الصحة ، بل يحكم بكونها له ، وإن علم كونها من (المفتوحة عنوة) بعد إمكان فرض الصحة فيها على وجوه ، منها تملكه بالاحتساب عليه من الخمس أو الشراء من المستحق الختسب عليه نحساً ، أو من طرف حصة الامام المباح للشيعة ، وغير ذلك .

الأمر الحادي عشر : يجوز للامام عليه السلام - ومن يقوم مقامه إقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا تخرج به عن كونها خراجية لأن معناه كون خراجها له ، لا خروجها عن الخراجية . وهل يجوز له بيع شيء منها ، وإن اقتضت المصلحة ما لم يتباغ نحو حفظ بيضة الاسلام ؟ إشكال . والظاهر العدم ، الاصل ، وظاهر قوله (ع) - فيما تقدم (من بيعها وهي للمسلمين) لظهور كون السبب في انكاره (ع) كونها للمسلمين لا كون البائع غيره ، فإنه في قوة قوله (لا يتباغ) لكونها للمسلمين ، وقوله عليه السلام في رسالة حماد المتقدمة له : « فهي موقوفة متروكة بيدي من يعمرها » (١) الظاهر في إرادة التأييد والدوام وصرف الارتفاع في مصالحهم والزوم مراعاة الأصلية عند تعارض المصلحتين ، ومقتضاه العدم - غالباً - .

(١) راجع : ص ٢١٣ من هذا الكتاب . وراجع : مستند الزاقي ج ٢ كتاب

المكاسب المسألة التاسعة - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة - .

تفصيله : ما تداول في عصرنا - الآن - في (دولة آل عثمان) من بيع الأراضي الخراجية وغيرها ، معبرين عنها بـ (الطابو) يجهلون فيها ميدان المزايدة ، ويمطونها لمن دفع الزيادة ، ثم من بعده لأولاده الذكور والاثلاث بالتساوي بينهم - ليس هو بيعاً حقيقياً ولا تملكاً واقعياً ، بل إنما هو تفويض وتقبل بالمقاسمة على الخمس من حاصلاتها . غير أنه آلى على نفسه السلطان أن لا يغير المتقبل ما دام حياً ، ويقبل أولاده من بعده ذكوراً وإناثاً ، تقييلاً جديداً ، قرره بهذا النحو على نفسه من أول الأمر ولذا يسترد الصكوك المعبى عنها بـ (الأوراق الخاقانية) المدفوعة - أولاً - ويعطي أولاده - مطلقاً كل واحد منهم ورقة خاقانية مستقلة مبيناً فيها مقدار سهمه بحسب التوزيع على رؤوسهم بالسوية ، وكيفية التقبيل وكية القبالة منوطتان برأيه ، فلا تملك ولا إرث ولا ميراث ، حتى ينكر ذلك بمخالفتها لحكم الأراضي الخراجية وقواعد المواريت .

كما وقع الإنكار من جماعة ممن لا خبرة له بحقيقة الأمر ، وما يأخذه من النقود - أولاً - عند المزايدة ليس ثمناً - كما زعم - بل هو للتقدم ، في التقبيل ولعله بصرفه في محله - ليس علينا حساب .

الأمر الثاني عشر : ولاية التقبيل والتسليم للإمام عليه السلام فيقبلها ممن يشاء وبأي كيفية يشاء من الخراج - وهو الضريبة - بقدر مخصوص من المال يأخذها من طرف أجرة الأرض أو بالمقاسمة ، وهي القدر المخصوص من حاصلاتها : من النصف أو الثلث أو الربع - مثلاً - : وقد يطلق اسم (الخراج) على (المقاسمة) أيضاً ، ويأخذ القبالة وبصرفها في المصالح العامة . وإن عين مدة قله أخذها من المتقبل بعد انقضاء المدة ونقلها من آخر بما يراه من كية الخراج وكيفيته :

ج ١ الاستدلال على جواز ولاية الامام (ع) نقبيل الأرض من بشام وكيف يشاء ٢٥١

وبدل عليه - مضافاً الى أن له الرئاسة الكبرى ، وهي من آثارها وأحكامها - .

جملة من الأخبار التي منها - رواية صفوان ، والبرزطي ، قال : ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج - إلى أن قال - : « وما أخذ بالسيف فذلك الامام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنجبر ، قبل سوادها وبياضها - يعني أرضها ونخلها - إلى أن قال - : إن أهل مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة وكانوا أمرى في يده ، فأعتقهم فقال : اذهبوا انتم الطلقاء » (١) .

ومنها - صحيحة البرزطي ، وفيها : « وما أخذ بالسيف فذلك الى الامام (ع) يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنجبر ، قبل أرضها ونخلها . . . الحديث (٢) .

ومنها - ما تقدم من سيرة أمير المؤمنين (عليه السلام) في أهل العراق التي هي إمام لساائر الأرضين (٣) .

وبالجملة ، فلا كلام في أن النظر وولاية التصرف في هذه الأراضي بالأضل للامام - عليه السلام - في زمان حضوره وبسط يده .

ومع عدمها - كما في زمان الغيبة - فني سقوط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا توقف على الاذن ، أو ثبوتها للنائب العام إن كان مبسوط اليد متمكناً من النقيل وصرف الفياالة في وجهها ، بناء على عموم أداة الولاية وكونه مفروضاً اليه ما هو أعظم من ذلك كإقامة

(١) و (٢) راجع : مستند العراقي ج ٢ كتاب المكاسب ، المسألة

التاسعة من المقصد الرابع في حكم الأراضي المفتوحة عنوة .

(٣) تقدم هذا الحديث ص ٢٢٨ من هذا الكتاب . وراجع : مستند العراقي

كتاب المكاسب المسألة التاسعة من المقصد الرابع .

الحدود . ومع عدم بسط يده إلى السلطان - وبعبارة أخرى ، لا بد من الاذن في جواز التصرف من الحاكم مع بسط يده ، وإلا فمن السلطان :

قولان : المشهور هو الثاني . بل في (الكفاية) : القول به هو قضية كلام الأصحاب (١) . وفي (المسالك) : في حكم هذه الأرضين في زمان الغيبة : « وهل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على اذن الحاكم الشرعي إن كان متمكناً من صرفها في وجهها - بناء على كونه نائباً عن المستحق مفوضاً إليه ما هو أعظم من ذلك ؟ الظاهر ذلك ، وحينئذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين . ومع عدم التمكن أمرها إلى الجائر وأما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد من المسلمين ، فبعد جداً بل لم أفف على قائل به ، لأن المسلمين بين قائل بأولوية الجائر وتوقف التصرف على اذنه ، وبين مفوض الأمر إلى الامام العدل عليه السلام ، فع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه ، فالتصرف بدونها لا دليل عليه . وليس هذا من باب الأنفال التي أذنوا - عليهم السلام - لشيعتهم في التصرف فيها في حال الغيبة ، لأن ذلك حقهم ، فلهم الاذن فيه - مطلقاً - بخلاف المفتوحة عنوة ، فإلها المسلمين قاطبة ولم ينقل عنهم الاذن في هذا النوع » انتهى (٢) :

واستدل عليه - أيضاً - بدعوى غير واحد الاتفاق على وجوب دفع الخراج إلى السلطان الذي هو بمنزلة العوض وأجرة الأرض ، فإذا كان له الولاية على العوض كان له الولاية على المعوض - أيضاً - :

(١) راجع : كفاية الأحكام السبزواري ، كتاب الجهاد ، القول في أحكام الأرضين ، المبحث السادس .

(٢) راجع كتاب الجهاد من المسالك - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في شرح قول المحقق « والنظر فيها إلى الامام » .

ج ١ تنقيح مسائل جواز تقبيل الأرض المفتوحة والنصرف فيها حال الغيبة ٢٥٣

وذهب بعض إلى الأول ، واحتمله في (الكفاية) بعد أن حكاه عن بعض (١) واختاره في (المستند) ونسب القول به إلى ظاهر الشيخ في (التهذيب) مستظهراً ذلك من عبارته فيه ، وهي قوله : « وأما أراضي الخراج وأراضي الانفال والتي قد أنجلي أهلها عنها ، فإننا قد اجتزأ - أيضاً - النصرف فيها ما دام الامام مستتراً » انتهى (٢) وإن كان في الاستظهار منها تأمل .

قلت : تنقيح المسألة هو أن يقال : إن ما كان منها تحت يد السلطان وكان متولياً عليه ، ف يرجع إليه في القبل ويدفع إليه القبالة على ما خارجه عليه من الخراج والمقاسمة ، إجماعاً عليه - بتسميته - مع دلالة بعض المعبرة عليه ، بل قبل بعدم جواز منعها وجعلهما ، بل صريح غير واحد دعوى الاتفاق عليه - أيضاً - .

(١) راجع ذلك في المبحث السادس من أحكام الأرضين ، ضمن كتاب الجهاد .

(٢) قال التراقي في (المستند ج ٢ كتاب المكاسب) المسألة التاسعة من المقصد الرابع ، بعنوان أن الموات من الأراضي المفتوحة عنوة مخصوصة بالامام : « والمعروف من مذهب الأصحاب والمدلول عليه بالأخبار... أن تولية هذه الأراضي والنظر فيها إلى الامام يصنع فيها ما يراه من تقبيلها ممن يريد كيف يريد ، وظاهر ذلك بل صريح قوله (وذلك للامام أو إليه) ومقتضى إصالة عدم جواز النصرف في ملك الغير بدون إذنه - على ما ذكرنا من ملكية هذه الأراضي فيه سبحانه أو للامام - عدم جواز النصرف لأحد فيها إلا بإذنه ، وهو كذلك مع ظهوره واستقلاله وأما بدونهما فقد وقع الخلاف فيمن له النصرف فيها : فظاهر الشيخ في (التهذيب) جواز النصرف فيها وإباحته لكل أحد من الشيعة ، قال : « وأما أراضي الخراج... » .

وأما مالا بداه عليه منها ، فيرجع في التصرف إلى الحاكم مع بسط يده . ومع عدمه : ففي جواز استقلاله بالتصرف ، أو الرجوع إلى السلطان وجهان ، مبنيان على أن إمضاء الشارع لأعماله : هل هو للثبوت وتسهيل الأمر الشيعة في انتفاعهم بها ، فلا يجب إلا عند الضرورة التي تستدبرها أو لتنزيله منزلة الإمام العادل ، بعد تغلبه وقيامه بمنصب الإمامة عدواناً في حفظ البيضة وحماية الخوزة : صيانة للدين وخوفاً من تفرق كلمة المسلمين ، إلى أن يظهر من بسطها قسطاً وعدلاً بعد ما ملئت ظمناً وجوراً ويرجع الأمر إلى أهله ويدور الحق على مركزه - عجل الله فرجه - كما يشعر به سيرة علي - عليه السلام - وأصحابه مع الخلفاء . وعليه ، فيجب الاستئذان منه والرجوع إليه ، ولو مع التمكن من عدمه .

لا يقال : إنه - حيثئذ - يجب تقديمه على الحاكم حتى مع بسط يده - أيضاً - :

لأننا نقول : الحاكم وكيل عن الإمام ، فإذا فرض بسط يده ، كان كما لو كان الإمام - عليه السلام - مبسوط اليد . هذا بالنسبة إلى التصرف في نفس الأرض . وأما في ارتفاعها فهو تابع لها في الانتفاء المذكور ، فيجب دفعه إليه - على الثاني - وإن تمكن من عدمه ولا يجب - على الأول - إن تمكن من ذلك .

ودعوى الاتفاق على عدم جواز منعهما وجعلهما - لو سلمت - فسلمة بالنسبة إلى جعلهما بالكلية ، لا بالنسبة إلى خصوص الجائر ، ولو تنزلنا فهي مسلمة بالنسبة إلى ما كانت تحت يده وخارجة عليها - لا مطلقاً - . وبالجمل ، فالكلام في وجوب ذلك ، وعدمه - أرضاً وارتفاعاً - مبني على ما تقدم من وجهي إمضاء الشارع لأعمال السلطان .

هذا ، ومقتضى النزول المتقدم عدم الفرق في التغلب الجائر بين

ج ١ : التعرض لكلام صاحب الجواهر في الموضوع والجواب عنه وبيان مختاره ٢٥٥

المخالف والمؤلف من غير مدخلية اعتقاد حلية أخذ الخراج واستحقاق
الأمر على المسلمين في ذلك ، بعد أن كان المناط حفظ النظام وإعلاء
كلمة الإسلام :

ويحتمل قصر الحكم فيها بخالف الأصل من إضفاء عمل الجائر على
الأول ، اقتضاراً فيه على القدر المتيقن ثبوته من الشرع ، سيما ولم يكن
لغيره سلطان في زمن ورود الأخبار الأمر بذلك ، ومع تعدد ذي الشوكة
والسلطان ، ففي التخيير بينهما أو التوزيع عليهما ، أو تقديم المخالف منهما مع
المخالف للاحتياط ، أو تقديم غيره ، أو الأقوى منها شوكة أو الأضعف
تقوية له ، أو تعيين الدفع إلى من تقبل منه : - احتمالات ، كلها - عدا
الأول منها - استحسانات ضعيفة .

ثم إن ها هنا - كلاماً لشيخنا صاحب (الجواهر) لا يخلو عن تأمل
وهو أنه قال : « ثم إن مقتضى السيرة بين العوام والعلماء عدم وجوب
صرف ما ينفق حصوله من حاصلها في يد أحد من الشيعة - من جائز أو غيره
في زمان الغيبة في المصالح العامة ، بل له التصرف فيه بمصالحه الخاصة ، بل
قد يقال بحصول الأذن منهم في ذلك لاشيعة من غير حاجة إلى رجوع إلى
نائب الغيبة ، وإن كان الأحوط - إن لم يكن أقوى - استئذانه ، والظاهر
أن له الأذن - مجازاً - مع حاجة المستأذن ، كما أن الظاهر حل تناوله من
الجائر بشراء أو انتهاب وغيرها » (١) ثم قال بعد ذلك في شرح قول
مصنفه - : يصرف الإمام حاصلها في المصالح العامة . . . الخ - : « وهل
تجب مراعاة ذلك إن حصل منها في يده في زمن الغيبة ولو بأذن نائبها

(١) راجع هذه الجملة في كتاب الجهاد من (الجواهر) القسم الثاني في أحكام
الأرضين ، في أخريات شرح قول المحقق (كمال أرض فتحت عنوة وكالت
حياة فهي للمسلمين) .

وجهان ، أحوطها ذلك ، وأقواهما عدم ، لظاهر نصوص الإباحة والسيرة المستمرة في سائر الأعصار والامصار بين العلماء والعوام ، بل قد تمكن جملة من علمائنا كالمرتضى والرضي والعلامة - رحمه الله - وغيرهم من جملة منها ، ولم يحك عن أحد منهم التزام الصرف في نحو ذلك ، بل لعل المعلوم خلافه من المعاملة معه معاملة غيره من الأملاك ، انتهى .

قلت : وعبارته في المقامين كما ترى - صريحة في جواز صرف ما كان من الخراج والمقاسمة في مصلحته الخاصة ومشعرة بعدم الرجوع إلى الجائر في شيء من ذلك .

مع أن المصرح به في كلمات الأصحاب والمداول عليه بالأخبار الاختصاص صرفها في خصوص المصالح العامة ، بل لم أذكر على من اكتفى في مصرفها بمطلق المصلحة ، وإن كانت خاصة مستدلاً (يعني صاحب الجواهر قدس) على دعواه بنصوص الإباحة ، وبالسيرة .

وفيها نظر :

أما استدلاله بالأخبار ، فإن أراد به الاستدلال على جواز الاستيلاء بالتصرف في الأرض وخراجها من دون إذن بناء على أن ولاية التصرف من حقوق الإمام عليه السلام وما كان لهم فقد أباحوه لشيعتهم .

ففيه أنها من وظائف الإمامة لآمن الحقوق المالية حتى تتعلق بها الإباحة ، وإن أراد الاستدلال بها على جواز تناوله وصرفه في مصالح نفسه ففيه أنه للمسلمين ، فلا يكون مشعراً لاخبار إباحة ما هو لهم لشيعتهم . وأما استدلاله بالسيرة ، ففيه : منع قيامها على مدعاه ، وكيفية عمل المرتضى وغيره ، غير معلوم لنا .

وكان الأحسن له أن يستدل على عدم تعيين الصرف في المصالح العامة بجواز أخذ جوائز السلطان ، ولو كانت من الخراج والمقاسمة ، من

ج ١ يلحق بعمران الأرض حرمةا ومراقفها وبيان حكم المفتوحة عنوة وصالحاً ٢٥٧

الصلوات والحيات المدلول عليه بمنقول الإجماعات ، هل كاد أن يكون جوازها من الضروريات والمسلّمات ، مع كون نحو ذلك من العطيات من المصالح الخاصة ، حتى أن من نقل عنه الاحتياط والتوقف من ذلك لم يستند في وجه ذلك إلا لكون الجائر غاصباً وبده يد عدوان ، ولو كان متعياً صرفه في المصالح العامة لكان الاستناد إلى كونه من صرف المال في غير مصرفه وبذلك لغير مستحقه أولى ، وليس إلا لكون جواز تناول عندهم من المسامحات ودعوى أن ذلك من باب (لنا المهننا وعليه الوزر) بعيدة جداً (١) : اللهم إلا أن يحجب عنها بما أشرنا إليه - سابقاً - من كون إعطاء الجوائر الذي هو من لوازم الرئاسة محسوباً من المؤن معدوداً من المصالح العامة ، فهو من قبيل (الاذن في الشيء لذن في لوازمه) .

وأما تمكن المرتضى والرضي وغيرهما من العلماء من تلك الأراضي ومعاملتهم لها معاملة أملاكهم ، فالظاهر أنها كانت من الاقطاعات التي قد تقدم الكلام فيها ، مع إمكان أن يكون على وجوه آخر من الصحة فلا يصلح أن يكون شاهداً له على صحة دعواه :

الأمر الثالث عشر : يلحق بالعمران : حرمةا ومراقفها ، وإن كانت مواتاً لتبعيتها لها والحاجة إليها - كطرح القمامة ومركز الخيل ومرعى المواشي - بما لا يخرج في البعد عن العادة ، ولعلها بحيث تشرح في الغداة وتروح في العشي :

الأمر الرابع عشر : لو فتحت بلدة بالعنوة من سمت ، وبالصالح من سمت آخر - كما وقع على ما قبل - في زمان لثاني في بعض بلاد الشام دخلها أبو عبيدة بالصالح من باب ، وخالد بن الوليد بالعنوة من باب

(١) مضمون حديث عن الإمام الصادق (ع) ذكره الشيخ في

التهذيب برقم (٩٤٠) :

آخر ، وكل لا يعلم بما فعله الآخر ، حتى التقى الفريقان عند كنيسة مريم
فرقة بالسيف ، وفرقة بالأمان ، فهل هي من المفتوحة عنوة أو صلحاً ؟ :
لعل الظاهر أنها ليست من العنوة ، لعدم تحقق تمامية الاستيلاء بها ، ولا
عبرة بالوائح الفتح وعلاماته قبل أن تضع الحرب أوزارها ، كما لا عبرة
بالكر والفر في الغلبة قبل ذلك ، ويحتمل أن يكون المدار - حينئذ - على
ما فعله أمير الجيش :

الأمر الخامس عشر : في تعيين المفتوحة عنوة ، وما أخذ بها -
وحيث لم تسعني المراجعة التامة إلى كتب التواريخ والسير ، فلا جرم اقتصر
في بيان ذلك على ما ذكره (الكركي في قاطعة اللجاج) لكوله مشتملاً
على جملة من كلمات الأصحاب ، وشطر من روايات الباب :

قال المحقق المذكور في (رسالته) (١) : « اعلم ، إن الذي ذكره
الأصحاب من ذلك مكة - زادها الله شرفاً - والعراق والشام وخراسان وبعض
الأقطار ببلاد العجم . وقد تقدم في بعض الأخبار السابقة : أن البحرين
من الأنفال (٢) :

فأما (مكة) : فإن للأصحاب في كوالها فتحت عنوة أو صلحاً
خلافاً ، أشهره أنها فتحت عنوة ، قال الشيخ في (المبسوط) : ظاهر
المذهب أن النبي (ص) فتح مكة عنوة بالسيف ، ثم آمنهم بعد ذلك .

(١) راجع هذا الكلام المنقول بطوله في المقدمة الراهنة في تعيين ما فتح عنوة
من الأرضين من الرسالة المذكورة :

(٢) يشير إلى حديث سماعة بن مهران - كما في تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة
باب الأنفال حديث (٣٧٣) : « قال : سألت عن الأنفال ، فقال كل أرض خربة
أو شيء كان للملوك ، فهو خالص للإمام ليس للناس فيها سهم - وقال - : ومنها
البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب » :

وانما لم يقسم الأرضين والدور ، لأنها لجميع المسلمين قاطبة ومن النبي على رجال من المشركين فأطلقهم ، وعندنا أن الامام عليه السلام أن يفعل ذلك ، وكذلك أموالهم من عليهم بها ،

وقال العلامة - رحمه الله - في (الذكرة) : وأما أرض مكة فالظاهر من المذهب أن النبي (ص) فتحها بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك : وكذا قال في (المنتهى) ، ونحوه قال في (التحرير) . وشيخنا في (الدروس) لم يصرح بشيء .

واحتمل العلامة على ذلك : بما رواه الجمهور عن النبي (ص) : أنه قال لأهل مكة ما تروني صانعاً بكم ؟ فقالوا : أخ كريم وابن أخ كريم فقال : اقول لكم كما قال اخي يوسف لآخرته (لا تريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين) انتم الطلقاء . ومن طرق الخاصة : بما رواه الشيخ عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرنا له الكوفة - إلى أن قال - : إن أهل الطوائف أسلموا وجعل عليهم العشر ونصف العشر ، وإن مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة ، وكالوا أسراء بيده فأعتقهم وقال : اذهبوا فانتم الطلقاء » (١) .

وأجاب عن حجة القائلين بأنها فتحت صلحاً - حيث أن النبي (ص) - دخلها بأمان - بما ورد في قصة العباس وأبي سفيان ، وقوله (ص) لأهل مكة : (من ألقى سلاحه فهو آمن ومن أغلق بابيه فهو آمن ، ومن تلقى بأسنار الكعبة فهو آمن ، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن) لإجاعة معينين وأنه (ص) لم يقسم أموالهم ولا أراضيهم : بأنه - على تقدير تسليم ذلك - إنما لم يقسم الأرضين والدور ، لأنها لجميع المسلمين لا يختص بها الغانمون ، على ما تقرر : من أن الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين - قاطبة - والأموال والأنفس يجوز أن يمن عليهم بها ، مراعاة للمصلحة ، لأن للامام

(١) ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب الخمس باب الخراج عمارة الأرضين

أن يفعل مثل ذلك : وهذا قريب من كلام (المبسوط) :
وأما أرض للعراق - وهي التي تسمى بـ (أرض السواد) وهي
المفتوحة عنوة من أرض الفرس التي فتحت في أيام الثاني - :
فلا خلاف في أنها فتحت عنوة . وإنما سميت (سواداً) لأن الجيش
لما خرجوا من البادية ورأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سموها (السواد)
لذلك كما ذكره العلامة في (المنتهى والتذكرة) :

قال في (المبسوط) - وهذه عبارته - : « وأما أرض السواد، فهي
الأرض المغنومة من الفرس التي فتحها (عمر) وهي سواد العراق : فلما
فتحت بعث عمر عمار بن ياسر : أميراً ، وابن مسعود : قاضياً ووالياً على
بيت المال ، وعثمان بن حنيف ماسماً ، فسح عثمان الأرض : فاختلفوا في
مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف ألف جريب (١) ،
وهي ما بين (عبادان والموصل (٢)) - طولاً - وبين (القادسية

(١) الجريب - من الأرض والطعام - : مقدار معلوم ونقل عن قدماء الكتاب
أنه ثلاثة آلاف وستمائة ذراع ، وقيل : إنه عشرة آلاف ذراع (أقرب الموارد) .
(٢) عبادان - بتشديد ثانيه وفتح أوله : تحت البصرة قرب البحر الملح ،
فإن دجلة إذا قاربت البحر انفرقت فرقتين عند قرية تسمى (المحرزي) ففرقة
يركب فيها إلى ناحية البحرين نحو برالعرب وهي اليمن ، فأما اليسرى فيركب فيها
إلى سراف وجنابة فارس ، فهي مثلثة الشكل ، وعبادان في هذه الجزيرة التي بين
النهرين فيها مشاهد ورباطات وهي موضع رديء سيخ لاخير فيه وماؤه ملح .

الموصل - بالفتح وكسر الصاد - : المدينة المشهورة العظيمة ، إحدى
قواعد بلاد الاسلام ، فهي باب العراق ومفتاح خراسان - : قالوا . وسميت
(الموصل) لأنها وصلت بين الجزيرة والعراق ، وقيل : وصلت بين دجلة والفرات
(معجم البلدان للحموي) .

وحلوان (٣) - عرضاً - ثم ضرب على كل جريب نخل ثمانية دراهم ،
والرطبة : ستة ، والشجر : كذلك ، والحنطة : أربعة ، والشعير : درهمين
وكتب إلى عمر فأمضاه :

وروي : أن ارتفاعها كان في عهد عمر مائة وستين ألف ألف درهم
فلما ولي عمر بن عبد العزيز ، رجع إلى ثلاثين ألف ألف في أول سنة ،
وفي الثانية بلغ ستين ألف ألف ، فقال : ان عشت سنة أخرى لرددتها
إلى ما كان في أيام عمر ، فأت في تلك السنة :

وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام. ثم لما أفضى الأمر إليه أمضى ذلك
لأنه لا يمكنه أن يخالف ويحكم بما عنده :

والذي يقتضيه المذهب : أن هذه الأرضين وغيرها من البلاد التي
فتحت عنوة يكون خمسها لأهل الخمس ، وأربعة أخماسها تكون للمسلمين
- قاطبة - : الغنائم وغير الغنائم في ذلك سواء ، ويكون للإمام (ع)
التصرف فيها ، وتقبلها وتضمينها بما شاء ، - هذه عبارته بحروفها - .

(٣) القادسية : بينها وبين الكوفة خمسة عشر فرسخاً وبينها وبين العذيب
أربعة أميال . وبهذا الموضع كان يوم القادسية بين سعد بن أبي وقاص والمسلمين
والفرس في أيام عمر بن الخطاب في سنة ١٦ من الهجرة : وحلوان - بالضم ثم السكون
هي في آخر حدود السواد مما يلي الجبال من بغداد : : وكانت مدينة كبيرة عامرة
قال أبو زيد : أما حلوان فإنها مدينة عامرة ليس بأرض العراق بعد الكوفة والبصرة
وواسط وبغداد وسرمن رأى أكبر منها . : وأما فتحها ، فإن المسلمين لما فرغوا
من جلولاء ضم هاشم بن عتبة بن أبي وقاص وكان معه سعد قد سيره على مقدمته إلى
جرير بن عبد الله في خيبر ورتبه بجلولاء ، فنهض إلى حلوان فهرب يردجرد إلى
أصبهان ، وفتح جرير حلوان صلحاً . : وذلك سنة ١٩ من الهجرة (معجم
البلدان للحموي باقتضاب) :

وقال في (المنتهى) - وهذه عبارته - : « أرض السواد هي الأرض المفتوحة من الفرس التي فتحها عمر بن الخطاب ، وهي سواد العراق وحده في العرض : من منقطع الجبال - (حلوان) إلى طرف (القادسية) المتصل - (العذيب) من أرض العرب . ومن تخوم (الموصل) طولاً إلى ساحل البحر ببلاد (عبادان) من شرقي دجلة . وأما الغربي الذي يليه البصرة ، فإنما هو إسلامي مثل شط عمر بن أبي العاص - إلى أن قال - وهذه الأرض فتحت عنوة فتحها عمر بن الخطاب ، ثم بعث إليها بعد فتحها ثلاثة أنفس : عمار بن ياسر على صلاتهم أميراً ، وابن مسعود قاضياً ، ووالياً على بيت المال ، وعثمان بن حنيف على مساحة الأرض . وفرض لهم في كل يوم شاة ، شطرها مع السواقط لعمار ، وشطرها للآخرين ، وقال : ما أرى قرية تؤخذ منها كل يوم شاة إلا أسرع في خرابها . ومسح عثمان أرض الخراج ، واختلفوا في مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف جريب ، وقال أبو عبيدة : ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، ثم ضرب على كل جريب نخل عشرة دراهم ، وعلى الكرم ثمانية دراهم ، وعلى جريب الشجر والرطبة سبعة دراهم وعلى الحنطة أربعة دراهم ، وعلى الشعير : درهمين . ثم كتب بذلك إلى عمر فأرضاه . وروى : أن ارتفاعها كان في عهد (عمر) مائة وستين ألف ألف درهم ، فلما كان في زمن الحجاج رجع إلى ثمانية عشر ألف ألف ، فلما ولي عمر بن عبد العزيز : . . » ثم ساق باقي كلام الشيخ السابق بحروفه ما زاد فيه ولا نقص :

وكذا صنع نحوه في (التذكرة) - في باب الجهاد ، وأعاد القول بفتح السواد عنوة في باب إحياء الموات . ومثل ذلك صنع في كتاب الجهاد من (التحرير) . ولم يحضرني في وقت كتابتي (هذه الرسالة) : هذا الموضع من (كتاب السرائر) لابن ادريس لأحكي ما فيه . لكن - في باب أحكام

الأرضين من كتاب الزكاة - ذكر : أن أرض العراق مفتوحة عنوة ، وذكر من أحكامها قريباً من كلام الأصحاب الذي حكيناه :

وروى الشيخ بإسناده عن مصعب بن يزيد الانصاري - وأورده ابن ادريس - رحمه الله - في المرائر ، والعلامة في المنتهى - : « قال استعملني أمير المؤمنين علي (ع) أربعة رسائل (١) : المدائن (٢) والبهقباذات (٣) ونهر سمر ، ونهر جوير ، ونهر الملك (٤) ، وأمرني أن أضع على كل جريب زرع غليظ درهماً ونصفاً ، وعلى كل جريب وسط : درهماً ، وعلى كل جريب زرع رقيق : ثلثي درهم ، وعلى كل جريب كرم : عشرة دراهم . وأمرني أن ألقى كل نخل شاذ عن القرى : لمارة الطريق وابن السبيل ، ولا آخذ منه شيئاً . وأمرني أن أضع على الدهاقين الذين يركبون البراذين ويختفون بالذهب : على كل رجل منهم ثمانية وأربعين درهماً ، وعلى أوساطهم والعجار منهم على كل رجل أربعة

(١) جمع (رستاق) هو (الرزداق) - بالضم - : السواد والقرى والسطر من النخل (القاموس) .

(٢) البهقباذات ثلاثة : أ - الأعلى ، ويشمل بابل والفلوجة العليا والسفلى وهن أردشين وإزقبار وعين الثمر ، ب - الأوسط ، ويشمل نهر البداة وسوداء وبريسما وباروسما ونهر الملك . ج - الأسفل ، ويشمل خمسة طاسميج ، كانت على الفرات الأسفل حيث يدخل البطائح .

(٣) نهر سمر : من طاسميج كورة أستان أردشير بإيكان وهي على امتداد نهر كوفي والنبل . ونهر جوير هي أيضاً من طاسميج كورة أستان أردشير بإيكان : ونهر الملك : هو أحد الأنهر التي كانت تحمل من الفرات إلى دجلة ، وأوله عند قرية الفلوجة ، ومصبه في دجلة أسفل من المدائن بثلاثة فراسخ . (باقتضاب عن معجم البلدان للحموي) .

وعشرين درهماً ، وعلى سفلتهم وفقرائهم : اثني عشر درهماً على كل انسان منهم . قال : وجبيتها (١) ثمانية عشر ألف ألف درهم في سنة . قال الشيخ : توظيف الجزية في هذا الخبر لا يتنافى ما ذكرناه : من أن ذلك منوط بما يراه الامام من المصلحة ، فلا يمنع أن يكون أمير المؤمنين عليه السلام رأى المصلحة في ذلك الوقت وضع هذا المقدار ، وإذا تغيرت المصلحة الى زيادة وانقصان غيره ، وانما يكون منافياً لو وضع ذلك عليهم ونفى الزيادة عليه والنقصان في جميع الأحوال : وليس ذلك في الخبر (٢) . قلت : ومثله القول في الخراج منوط بالمصلحة وعرف الزمان - كما يأتي . ان شاء الله : وهذا التقدير ليس على سبيل التوظيف ، بل بحسب مصلحة الوقت : واعلم أن الذي أورده من لفظ الحديث : هو ما أورده الشيخ - رحمه الله - في (التهذيب) ، لكن ، وجدت نسخة مختلفة العبارة في ايراد (الرسائق) المذكورة ، فهي في بعضها : (نهر سربا) بالياء الموحدة والسين المهملة المكسورة ، و (نهر جور) بالنون والجيم المفتوحة والياء المثناة من تحت بعد الواو المكسورة . وفي بعضها : (جور) بالجيم والياء الموحدة بعد الواو المكسورة .

وقال ابن ادريس - بعد أن أورد الحديث في (السرائر) بمطف (البهقباذات) على (المدائن) بالواو : « نهر سربا - بالياء المنقطة تحتها نقطة واحدة ، والسين غير المعجم ، هي المدائن : والدليل على ذلك : أن الرواي قال : استعملني على اربعة رسائق ثم عد خمسة ، وذكر المدائن ثم ذكر من جملة الخمسة : نهر سربا ، فعطف على اللفظ دون المعنى ،

(١) هذا نقل مضمون كلام الشيخ في (التهذيب ، كتاب الزكاة ، ٣٤

باب الخراج وعمارة الأرضين) بعد ذكره لاحديث المذكور

(٢) في بعض النسخ الخطية والمطبوعة : (وحسنها) .

ثم شرع في بيان جواز مثل هذا العطف - إلى أن قال - : « فأما البهقباذات فهي ثلاث : البهقباذ الأعلى ، وهو ستة طساسيج » ثم ذكر أسماءها والبهقباذ الأوسط أربعة طساسيج - ثم ذكر أسماءها ، والبهقباذ الأسفل خمسة طساسيج - وصنع مثل ذلك . والذي وجدته في نسخ (التهذيب) : (المدائن البهقباذات) بغير واو (١) كما وجدت في نسخة (التهذيب) : . . .

ثم ذكر كلاماً لا حاجة لنا في نقاه - ثم قال - : « وأما أرض الشام ، فقد ذكر كولها مفتوحة عنوة بعض الأصحاب ، ومن ذكر ذلك العلامة في - كتاب أحياء الموات من التذكرة - ولكن لم يذكر حدودها . وأما البواني ، فقد ذكر حكمها قطب الدين الراوندي في (شرح نهاية الشيخ) ، واسنده إلى (المبسوط) ، وهذه عبارته : والظاهر على ما في المبسوط - أن الأرضين التي هي من أقصى خراسان إلى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وما حواليتها أخذت بالسيف .

هذا ما وجدته - فيما حضرني من كتب الأصحاب ، والله أعلم بالصواب - « (٢) انتهى موضع الحاجة من نقل كلامه ، رفع في الخلد مقامه - :

هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة .

وأما مواتها : فهي للإمام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، بل الإجماع عليه مستفيض النقل . مضافاً - إلى الاعتبار المستفيضة الدالة

(١) وكذلك وجدنا النسخة المصححة المطبوعة في النجف الأشرف سنة ١٣٧٩ هـ

(٢) إلى هنا ينتهي نقل ما في رسالة المحقق الكركي بنصها المدرج في المقدمة

الرابعة منها .

على أن موات الأرض من الأنفال للامام (١) وعمومها الشامل لموات (العنوة) وغيرها . وان كان معارضاً بالعموم من وجه ، لعموم أخبار حكم (المفتوحة عنوة) من كونها للمسلمين عامرة كالت أو مواتاً - إلا أنه مرجع على عموم أخبار (العنوة) بالشهرة العظيمة والاجتماعات المستفيضة . ثم إن مقتضى كون الموات - مطلقاً - من الأنفال للامام عليه السلام بشكل الحكم بكون الحباة عند الفتح على إطلاقه للمسلمين ، لأن ما كان منها حباة بعد شرع الأنفال الى وقوع الفتح كان إحياء للملك الامام (ع) - حينئذ - بغير إذنه وغاصباً في تصرفه ، والمغصوب من الغنائم مردود إلى صاحبه .

فلا بد في التخلص عنه من ارتكاب أحد المخاذير الثلاثة : إما بتخصيص العام المحكوم بكونه للمسلمين بما كان عامراً قبل شرع الأنفال - كما اختاره شيخنا في الجواهر ، في الأنفال من كتاب الخمس (٢) - ونفى عنه البعد

(١) الروايات الدالة على ذلك كثيرة ، يستعرضها الحر العاملي في وسائله كتاب الخمس أبواب الأنفال وما يختص بالامام ، من ذلك : رواية حماد بن عيسى عن العبد الصالح (ع) - في حديث طويل - : وللإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الأصول - إلى أن قال - : وله بعد الخمس الأنفال ، والأنفال كل خربة ياد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب : : وله رقوس الجبال ويطون الأودية والاجام وكل أرض مينة لا رب لها ويأتي من سيدنا المصنف استعراض تلك الروايات بعنوان المقالة الرابعة في أرض الأنفال :

(٢) قال - فيما يلحق بذلك من المقصد الأول في الأنفال - : « . . . وإطلاق الأصحاب والأخبار ملكية عامر الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين يراد به ما أحياه الكفار من الموات قبل أن جعل الأنفال لثبته (ص) وإلا فهو له أيضاً وإن كان معموراً وقت الفتح : : . »

بعد أن احتمله الفاضل الجواد في (شرح المعنيين) ، أو يكون الاحياء - مطلقاً - من الأسباب المملوكة لها الى الهي ، أو بتخصيص مادل على كون المقتصوب مردوداً بغير المقتصوب من الامام :

والكل كما ترى ، لا يمكن الالتزام بواحد منه :

أما الأول ، فلهذا الاشعار به في شيء من الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، المشحونة كتبهم بجعل الميزان عندهم في كونه للمسلمين الحياة عند الفتح وعدمه ، لا قبل شرع الأنفال وبهذه . ولم نعلم على من نفوه بذلك عند ذكر احكام (المفتوحة) . بل اعترف بذلك شيخنا في (الجواهر) في كتاب إحياء الموات (١) . مع أنه يشكل فيما كان مشكوكاً عمارته بعد شرع الأنفال أو قبله - الحكم بكونه للمسلمين ، لعدم ثبوت العمارة قبله . سيما مع اصاله تأخر الحادث . فلا يثبت بها الموات عند شرع الأنفال ، حتى يحكم به للامام ، لأنها من الأصول المثبتة . فلا يثبت بالأصل كل من العنوانين الوجوديين : الحياة قبل شرع الأنفال ، والموات عنده . بل الأصل يقتضي عدم الأول ، ولا يثبت به الثاني . وأما الثاني ، فلأن سببية الاحياء لتملك المحيي مشروطة - نصاً وإجماعاً - باذن الامام - عليه السلام - المفقود في المقام .

ودعوى كفاية الاذن العمومي المحقق بعمومات أخبار الاحياء .

فيها - أولاً منع شمولها للكفار ، لتقييد بعضها بالمسلمين ، كصحيفة الكاظمي : عن الباقر (ع) : « قال : وجدنا في كتاب علي (ع) : أن

(١) قال - في أوائل الكتاب مع درج كلام المحقق - : « وكيف كان فلا خلاف أجده في أن عامر الأرض المفتوحة عنوة وفهراً وقت الفتح للمسلمين قاطبة - الى قوله - : وما كان منها مواتاً وقت الفتح فهو للامام بلا خلاف أجده فيه : . . . »

الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ، ونحن المنتفون والأرض كلها لنا . فمن أحبي أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواما رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على ما في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم : : . الحديث (١) .

ولعل القيد - هنا - من القيود الاحترازية ، كالأواقعة في الحدود ، وموارد إعطاء القاعدة ، فينزل عليها إطلاق الأخبار الواردة - مطلقاً - في سببية الأحياء للملكية .

وثالثاً - توقفه على إذن الامام في حال الحضور اتفاقي - كما ستعرف - ولولاه لم يبق مورد لاعتبار إذن الامام في سببية الأحياء ، إذ لم ينفك الاذن منه في زمن النبي (ص) المنقول عنه بعض تلك الأخبار .
وثالثاً - لو تنزلنا وصلحنا ، فيكون المعيار - حينئذ - في الحياة والموات الموجهين لكونه للمسلمين أو للامام : هو زمان صدور الاذن منه بالأحياء ، لا زمان الفتح ولا زمان نزول آية الانفال : وهو - كما ترى - من سخياف الأقوال :

(١) راجع : الجذائق الناضرة للبحراني ج ١٢ ص ٤٣٥ كتاب الخمس طبع التنجف الأشرف . وراجع التهذيب للشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ١١ باب أحكام الأرضين : وسقط من تمام الحديث بين كلمة (وله ما أكل منها) وبين كلمة (حتى يظهر القائم) هذه الجملة : وان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فاعمرها وأحيها فهو أحق بها من الذي تركها : فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل حتى : : .

وأما الثالث : فلأن المقصوب من مسلم أو مسلم مردود عليه ، فكيف بالمقصوب من امام المسلمين ؟ .
واحتال العطية منه - عليه السلام - للمسلمين بعد رد المقصوب اليه
فيكون تملكهم من الامام - عليه السلام - بالعطية لا من الكفار بالعنوة :
يدفعه ظهور اخبارهم في النصوص بكونها لهم بالأصل لا بالعطية
منهم .

اللهم إلا أن يجاب عن الاشكال بالبد بدعوى أن حياة الأرض عند
الفتح مما هي تحت يد الكفار محكومة بالملكية لهم بالبد التي لم يفرق في
كونها إمارة عليها بين المسلم والكافر بعد إمكان الصحة بنحو من الوجوه
التي منها إحيائها قبل شرع الأنفال ، فإذا كانت عند الفتح محكومة لهم
بالملكية كانت بالفتح للمسلمين ، وهو حسن ، غير أن مفاده حكم ظاهري
لا يتمشى في مورد لو فرض العلم بخدوث عمارته بعد شرع الأنفال :
أو يجاب عنه بدعوى منع دخول الموات التي تحت يد الكفار المستولين
عليها في الأنفال حتى يشكل الخروج عنه بإحياء الكفار لها بعد تقييد
الموات التي للامام بما لا رب لها - كما يأتي - . ومقتضاه تنويع الموات
عند شرع الأنفال واختصاص نوع منها ، وهو كل موات لا رب له ،
بالامام .

وفيه - مع أن الموات الأصلي لا تملك بمجرد الاستيلاء ، ووضع
اليد عليها حتى لو كانت من المباحات إلا بالاحياء - كما يأتي لذلك مزيد
توضيح إن شاء الله تعالى - أنه لم يقم دليل في خصوص موات المفتوحة
عنوة أنها منتقلة من الكفار الى الامام بالعنوة كالحياة المنقولة منهم الى
المسلمين بها ، بل الحكم بكونها للامام - عليه السلام - مستفاد من العمومات
الدالة على أن الموات له - - بعد تقديمها على عمومات (المفتوحة عنوة)

للمسلمين ، حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجهه . ومقتضاه
- بعد الترجيح - أن ما كان للكفار من الأراضي وليس إلا المعورة منها
منتقلة بالعنوة الى المسلمين :

وأما الموات ، فمن أصلها للامام ، وإلا كانت الأرض المفتوحة
تقسمها - محباتها وممانتها - للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة . واحتجنا
في إخراج الموات منها إلى دليل خاص بالنسبة اليها بالخصوص . ومنه
يعلم أن المملوكة من الأراضي للكفار حينما كانت الموات من المباحات قبل
شرع الأنفال إذا عرض لها الموت بعده واستمر مواتاً الى وقت الفتح
كانت للمسلمين أيضاً كالحياة منها ، وليست من الموات التي لا رب لها
حتى نكون الامام ، بل هي كذلك حتى لو ماتت قبل الأنفال بعد أن
كانت مملوكة عند شرعه ، بناء على سيبة الاحياء للتملك - مطلقاً -
واختصاص الموات للامام بما لأرب لها - مطلقاً - ولو كان كافراً - فتأمل - .
ولا ينافي ذلك كلامهم المنزل على الغالب باختصاص الحياة عند
الفتح بالمسلمين - فافهم - :

وكيف كان ، فالموات للامام - عليه السلام - لا يجوز لأحد
التصرف فيها إلا بإذنه - عليه السلام - ويشترط في غلبتها بالاحياء -
الاذن منه ، إجماعاً محكياً في ظاهر (التذكرة) و (التنقيح) و صريح
(الخلاف) و (جامع المقاصد) بل في (المسالك) : دعوى الاتفاق
على اعتباره حال الحضور (١) - مضافاً الى الأصل وقاعدة حرمة التصرف

(١) في أخبار كتاب الخمس - في شرح قول المحقق : مسائل : - الأولى -
لا يجوز التصرف في ذلك بغير إذنه . . . قال : . . . أشار بذلك إلى الأنفال المذكورة
ومنها ميراث من لا وارث له عندنا ، وظاهر العبارة تحريم التصرف في ذلك حالة
حضوره وغيبته . . .

ج ١ ذكر الاشكال المتأني من الأخبار الدالة على سبية الاحياء للتملك ٢٧١

في مال الغير بغير إذنه ، ومقتضاه المنع بدونه مطلقاً ولو في زمان الغيبة .
نعم ، يشكل ذلك بما ورد من أخبار إحياء الموات الدالة بظاهرها
على سبية الاحياء للتملك من دون توقف على شيء ، وهي مروية عند
الفريقين مسلحة عند الطائفتين .

فمن طريق الجمهور : ما عن سعيد بن زيد : أن النبي (ص) قال :
« فمن أحب أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (١) . وما عن
عائشة : « قال رسول الله (ص) : من أحب أرضاً لم يست لأحد فهو
أحق بها » (٢) . وما عن سمرة : « أن رسول الله (ص) قال : من
أحاط حائطاً على أرض فهي له » (٣) .

ومن طرق الخاصة : ما رواه محمد بن مسلم : « في الصحيح عن
الباقر - عليه السلام - قال : إنما قوم أحبوا أرضاً ميتة أو عمروها فهم
أحق بها وهي لهم » (٤) . وما عن السكوني : « عن الصادق عليه السلام
قال : قال رسول الله (ص) : من غرس شجراً أو حفر بئراً لم يسبقه
أحد إليه أو أحب أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله عز وجل ورسوله » (٥)
وفي الحسن : « عن زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وفضيل ويحيى وحران
وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الباقر والصادق عليهما السلام : « قال قال

(١) الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) ويذكر فقرته الأولى : المناوي

في (كنوز الحقائق) في نفس المادة .

(٢) بذكره المناوي في (كنوز الحقائق) بمادة (من) .

(٣) الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) بلفظ : من أعمر أرضاً . . .

(٤) تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، ١١ باب أحكام الأرضين

حديث تسلسل (٦٧١ - ٢٠) :

(٥) راجع نفس المصدر ، حديث تسلسل (٦٧٠ - ١٩) .

رسول الله (ص) من أحبي أرضاً مواتاً فهي له (١) الى غير ذلك .
وهذه الأخبار - كما تراها - ظاهرة في كون الاحياء سبباً تاماً في
الملكية ، حتى أن بعض الأصحاب - بل لعل المشهور - لم يعتبر الاذن في
الغيبة ، تمسكاً بهذه العمومات .

وايت شعري ، إن استفيدت السببية الناعمة منها كان اللازم عدم اعتبار
الاذن - مطلقاً - حتى عند الحضور الذي هو زمن ورود هذه الأخبار ،
وإلا فلا يسقط اعتباره بها في الغيبة :

فالقول بالتفصيل بين الزمانين ضعيف ، إلا أن يقال باشتراط الاذن
في حال الحضور من جهة الاجماع المنقول في (الروضة) على اعتباره فيه
بالخصوص : وعليه يحمل إطلاق معقد غيره من الاجتماعات : وبه تخصص
عمومات الأخبار .

هذا ، وبمقتضى - قوياً - أن يقال : مفاد هذه الاخبار هو الترخيص
منهم بالاحياء ، فالاذن منهم حاصل بها مدلولاً عليه بدلالة الاقتضاء إن
لم نقل بالمطابقة او التضمن ، فهو على حد قول مالك الدار : (من دخل
داري فله كذا) المستفاد منه حصول الاذن بدخول الدار ، فلا ينافي
اعتبار الاذن بالاحياء مطلقاً في زمان الحضور والغيبة . غير أن الاذن منه
حاصل بهذه العمومات : فالاذن من الامام معتبر - مطلقاً - وهو حاصل
منه كذلك :

وبذلك يجمع بين أخبار الاحياء ، وما دل على اعتبار الاذن : من
إطلاقات معاهد الاجتماعات ، وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير
إذنه :

لكن يشكك - حينئذ - من جهة أخرى ، وهي أن الترخيص بالاحياء

(١) راجع : نفس المصدر ، حديث تسلسل (٦٧٣ - ٢٢) .

ج ١ حمل أخبار الأحياء على الترخيص والاذن ، والاشكال على ذلك وجوابه ٢٧٣

الموجب للملكية المفروض حصوله من النبي (ص) ، مستلزم لنقض
الغرض من شرع الموات من الأنفال ، المقصود به التوسعة في مال
النبي (ص) والامام ، ضرورة أن الأرض ما دامت ميتة لا يذبح بها ،
فاذا أحييت ملكها المحيي ، فتنى يكون ذلك توسعة في ماله (ع) ؟ وهو
مناك للغرض المقصود من تشريعه .

اللهم إلا أن يقال : إن الاذن الصادر من أحدهم - ولو بالعموم -
ينحو « من أحيى أرضاً » لا ينفذ على الامام الآخر ، غير الصادر منه
ذلك : إذ ليس الاذن هنا وبيان الترخيص فيه من قبيل الأحكام الآتية
المعلوم في بيانها أنهم لسان واحد ، بل هو إذن مالكي في التصرف في ملكه
فإن انتقل الملك من أحدهم الى آخر توقف التصرف فيه على إذن المنتقل
اليه ورضاه .

نعم ، من أحيى في زمن الصادر منه الاذن بالأحياء بعد صدوره
منه ، ملكها بالأحياء . وأما قبله ، أو في زمان من لم يصدر منه ،
فيحتاج إلى الاستئذان منه - عليه السلام - . وحينئذ لا تنفع العمومات
في زمان الغيبة ، وإن استفيد الاذن منها ، إلا إذا ورد نحوها من الحججة
- عجل الله فرجه - .

وحينئذ ، فيبقى الاشكال في التملك به في زمن الغيبة . إلا أن يثبت
للشيعة بأخبار التحليل ، سبب بالنسبة إلى أراضيهم الواردة منهم في إباحتها
لهم - أخبار كثيرة ، وغيرهم لا يملكونها بالأحياء ، لفقدان الشرط وهو
الاذن بالنسبة إليهم ، وإن وجب علينا ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم
بالنسبة الى ما هي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوه من أمواله
- عجل الله فرجه - .

مع إمكان أن يقال في الجمع بين أخبار الأحياء ، وما دل على توقف

النصرف في مال الغير على الطيب والرضا ، وعموم سلطنة الناس على أموالهم . بعد أن كان التعارض بينهما بالعموم من وجه - بوجه آخر ، وهو منع إفادة أخبار الأحياء التملك المحباني من دون أن يكون للإمام عليه السلام فيه حق ، فيكون للإمام عليه السلام فيه بحسب ما يقطع المحبي عليها في زمان حضوره وبسط يده ، ومع عدمه فله أجره المثل . ولا ينافي ذلك نسبة الملكية إلى المحبي في أخبار الأحياء . وإن هي الاجارية مجرى كلام الملاكين للفلاحين في العرف العام عند تحريضهم على تعبير الملك من عمرائها أو حفر الهارها وكري سواقبها ، فهي له ، الدالة على أحقيته من غيره وتقدمه على من سواه « لا على نفي الملكية من نفسه وسلب المالكية عن شخصه . فالخصة الراجعة إلى الملاك المعبر عنها (بالملاكة) مستحقة له غير منفية عنه ، وإن أضاف الملك إليهم عند الترخيص والأذن العمومي ، غير أن الشيعة محللون بالنسبة إلى ما يرجع إلى الإمام مما يستحقه من أجره المثل أو حصة (الملاكة) وبشهاد لما ذكرنا من الأخبار : صحيحة الكاظمي المتقدمة المتضمنة لتعلق الخراج والعلوق للإمام عليه السلام في الحياة من أراضيتهم ممتداً إلى ظهور القائم بالسيف (١) .

وصحيحة عمر بن يزيد ، وفيها : « وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم محللون ، كل ذلك حتى يقوم قائمنا ، فيجيئهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كتبهم من

(١) وهي مفصلة ، راجعها في : وسائل الحر العاملي ، الباب ٣ من [أحياء الموات] ، وفي الحدائق الناضرة كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥ طبع النجف الأشرف وتقدم ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٨ .

الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمتنا ، فبأخذ الأرض من أيديهم (١) .
ورواية بونس - أو المهلي - : « مالكم في هذه الأرض ؟ فتبسم
- إلى أن قال - : فما سفت - أو استقت - فهو لنا ، وما كان لنا فهو
لشيعتنا » (٢) .

المقالة الثانية - في أرض الصلح .

ويجوز عنها - (أرض الجزية) وأرض الذمة . وهي كل أرض لم
تفتح صلحاً : إما على أن الأرض لهم والجزية فيها عليهم . وإما على
أنها للمسلمين ، والجزية في أعناقهم .

فهي - بهذا الاعتبار - تنقسم على قسمين :

قسم منها - وقوع الصلح معهم على أن أرضهم لهم والجزية فيها
بحسب ما يصالحهم الإمام أو نائبه : من النصف أو الثلث أو غير ذلك
وله الزيادة والتقصية ، ولكن بعد انقضاء مدة الصلح ، لأنه من الصلح
الجديد يتبع نظره فيه :

وهذه الأرض التي وقع الصلح مع أهلها كذلك ، ملك لأربابها
بتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، ليس عليهم منها شيء سوى
الضريبة المضروبة فيها بالصلح حتى الزكاة ، لأن مقتضاه إقرارهم على أديانهم
ومعتقداتهم الذي منه عدم وجوب الزكاة عليهم .

والظاهر أن موافقها للإمام عليه السلام كرواث (العنوة) إلا إذا اندرجت

(١) راجع : الخدائق الناضرة للبحراني ، كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥

طبع النجف الأشرف ، ولقد مر ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٦ .

(٢) المقصود : بونس بن ظبيان أو المهلي بن خنيس . والرواية مفصلة ،

ذكرها البحراني في (الخدائق الناضرة كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٢٤) طبع النجف
الأشرف .

في الصلح ، فتكون لهم بماكونها بالاحياء . وحيث كانت الأرض مملوكة لهم ، جاز للملاكها بيعها وسائر النواقل فيها ، لعموم السلطنة : وحيث ، فلو باعها من غيره كان الخراج على البائع منتقلا من الأرض إلى ذمته على المشهور شهرة عظيمة . بل عن ظاهر (الغنية) : الإجماع عليه (١) بل كاد أن يكون مما لا خلاف فيه ، إلا ما يحكى عن الحلبي حيث أوجبه على المشتري لأنه حق على الأرض فيجب على من انتقلت إليه . وفيه منع تعلقه بها مطلقاً ، ومن حيث هي ، بل متعلق بها من حيث كونها للكافر المطلوب منه الجزية المضروبة في نوع مخصوص من ماله ، فإذا انتقل منه انتفى التعلق ، وموضوعه الخاص .

نعم ، ربما يشهد له من الأخبار : صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : عن شراء أهل الذمة ، فقال : « لا بأس ، فيكون ذلك إذا كان ذلك بمنزلتهم » ونحوها : أخرى مضمرة « يؤدي كما يؤدي » (٢) وخبر ابن شريح المتقدم - وفيه : « سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) قال ابن زهرة في آخر كتاب الخمس من (الغنية) المطبوع ضمن مجموعة (جوامع الفقه) : « وأما أرض الصلح فهي أرض الجزية . . . وتسمى الخراجية ، وقد بينا أن ذلك يختص بأهل الكتاب وهذه الأرض يصح التصرف فيها لأربابها . . . وإذا بيعت الأرض لمسلم بسقط خراجها ، وانتقلت الجزية إلى رأس بايعها به - إلى قوله - : ودليل ذلك كله الإجماع المتكرر وفيه الحجة » .

(٢) الحديث الموجود في (تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب الخمس ، باب الأنفال - في الزيادات حديث (٤٠٨) هكذا : « وعنه عن علي بن حماد عن حمزة عن محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال : سألت عن ذلك فقال : لا بأس بشرائها ، فإنها إذا كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما يؤدي عنها » وتقدم ذكر الخبر في هذا الكتاب ص ٢٤١ .

ج ١ أخبار ملكية أرض الخراج للمسلمين واختيار انتقال الخراج الى ذمة البائع ٢٧٧

عن شراء أهل الخراج ، فكرهه ، وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقال : إنه يشترها الرجل وعاليه خراجها ؟ قال : لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك ، (١) بناء على أن الوجه في الاستحباب المستثنى هو التشبه بهم في اعطاء الجزية ، فتكون قرينة على إرادة أرض الذمة من أرض الخراج المسؤول عنه في صدر الخبر .

إلا أنها مع كون الثالثة مضمرة موهونة باعراض الأصحاب عنها - غير مكافئة لدليل المشهور : من الإجماع المعتضد بالشهرة العظيمة ، بل بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه إلا منه :

فلنحمل على ما لا ينافي ذلك من المحامل التي منها - إرادة الأراضي الخراجية والترخيص في شراء آثارهم فيها ، ومنها - الحمل على مالو شرط عليه ذلك ، بناء على شمول أدلة الشروط له - ومنها - إرادة الإشارة بقوله : « إذا كان ذلك في الأولى » الى ظهور الحجة - عجل الله فرجه - دون البيع والشراء - كما حكاه عن اللواتي في مفتاح الكرامة - .

وفيه - أيضاً - احتمال إرادة الاستحباب من الجائر بمطالبة الخراج دون التشبه بهم في الجزية . وإن كان فيهما بُعد - :

وعلى كل حال ، فالحق ما عليه المشهور : من انتقال الخراج الى ذمة البائع - مطلقاً - وإن كان المشتري من أهل الذمة ، إذ لا يجب عليه دفع الجزية عن الغير ونحمل جزئيتين ، وإن كان هو من أهل الجزية . وإن كان في بعض العبارات تقييد ذلك بالمسلم ، والاستدلال عليه بأنه جزية ، وهي منتفية عنه ، إلا أن نظرهم في مقابل الحلبي المطلق ، لكونه على المشتري ، لأنه حق على الأرض ، فيجب على من انتقلت اليه .

هذا ، ومثله في الانتقال الى ذمة البائع في البيع : الانتقال الى ذمة

(١) راجع ص ٢١٢ من هذا الكتاب :

المؤجر أو آجرها للغير ، فإن الأجرة له والخراج عليه من غير خلاف محقق إلا عن الحلبي فيه - أيضاً - وهو على أصله : من أنه حق على الأرض ولو في منفعتها ، فيجب على من انتقلت إليه .

نعم في (الجواهر) حكى الخلاف فيه عن (التذكرة) و (التحرير) (١) وإن كنا لم نتحققه ولعله لبعض نسخ الأول حيث فيها ، ويجوز للمسلمين استيجارها منهم لأنها ملك له . وتكون الأجرة والخراج عليه ، (٢) انتهى مستشعراً من عطف الخراج على الأجرة المعلوم كونها على المستأجر .

وفيه : إن الظاهر سقوط لفظ (له) بعد (الأجرة) فيكون الخراج على من له الأجرة ، وهو الكافر المؤجر - كما في بعض النسخ المصححة - : ويؤيده : ما في (المنتهى) : « فإذا آجرها كانت الأجرة له والخراج عليه » ومثله في (التحرير) (٣) فلم يذهب منه القول بالتفصيل بين البيع

(١) قال - رحمه الله - في كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت صاحباً فهي لأربابها هذا كله أي بيع الأرض وغيره من تصرف الملاك - أو صلحوا على أن الأرض لهم ، وفي ملكهم يتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، إذ هو كالصريح في عدم تعلق حق للمسلمين فيها ، لا في العين ولا في المنفعة ، وحينئذ يتجه اشتغال ذمة البائع بعوض الصلح ، وأولى بذلك ما آجرها من في يده فإن الأجرة له وعوض الصلح عليه ، لكن في (التذكرة) و (التحرير) : أنه على المستأجر ، كما عن الحلبي

(٢) هذه الجملة بنصها في (التذكرة) المطبوعة في إيران ، راجع : كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، مسألة - إذا نزل الإمام على بلد فحاصره . . .

(٣) وتام الجملة في (منتهى العلامة) كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، القسم الرابع أرض الأنفال ، مسألة - إذا نزل الإمام على بلد . .

والاجارة .. بل قد يقال بأدلويتها منه على القول بكون الخراج على البائع :
ثم ليعلم : إن مصرف هذا الخراج مصرف منقول الغنيمة - على
ما طفحت به عبارات الأصحاب ، لكونه مأخوذاً منه بنوع من (العتوة)
فيخرج منه الخمس - أولاً - ثم يعطى الباقي للمجاهدين ولو كان مأخوذاً
بالأقساط والدفعات : وفي زمن الغيبة للمتشبهين بهم من الجنود والعسكر
وحاة الثغور ، لأنهم - اليوم - في الحقيقة بمنزلة المجاهدين في مصافهم في
قبال الكفار أو أقرب ما يكون إليهم . ولا أرى وجهاً للدفع إلى الفقراء
مع وجودهم - كما يظهر من السرائر - حيث قال : « وكان المستحق
للجزية على عهد الرسول (ص) المهاجرين دون غيرهم - على ما روي -
وهي - اليوم - لمن قام مقامهم مع الإمام في نصرته الاسلام والذب عنه
ولمن يراه الامام من الفقراء والمساكين من سائر المسلمين » (١) .

واعلم للأصل : وفيه أنه - لو سلم - لفقطوع بما رواه الشيخ في
الصحيح : (٢) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال :
سألت عن سيرة الامام - عليه السلام - الى أن قال - : إن أرض الجزية لارفع
عنهم الجزية إنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقات لأهلها الذين سمى الله تعالى

= فحاصره ... الى قوله : ويجوز للمسلم استيجارها منهم لأنها ملك له فجاز له
ان يلزمها كما يجوز له أن يؤجر فرسه ، فإذا آجرها

ومن (التحرير للعلامة) راجع : كتاب الجهاد ايضاً ، الفصل الرابع في
الغنيمة ، القسم الثالث في الأرضين (الرابع - أرض الأنفال اذا نزل الامام على
بلد فحاصره ... : يقول : ويجوز للمسلم استيجارها منهم وتكون الاجرة له
والخراج عليه :

(١) راجع : سرائر ابن ادريس الحلبي ، آخر كتاب الزكاة ، باب الجزية
وأحكامها : (٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة - ٣٣ - باب مستحق عطاء الجزية .

في كتابه ليس لهم في الجزية شيء ، الحديث . ومثله : صحيحة ابن أبي يعفور (١) فإن الذين سماهم في آية الزكاة منهم الفقراء ، وقصد نص فيه على أنه ليس لهم في الجزية شيء .

ولعله لذا قبله في (القواعد) بقوله : وما يؤخذ صلاحاً أو جزية فهو للمجاهدين ، ومع عدمهم لفقراء المسلمين ، انتهى (٢) وهو حسن ، هذا بالنسبة الى الجزية الموجودة عوض الصلح عن دفع القتال عن أنفسهم .

وأما جزية المعارضة ، وهي المأخوذة على وجه المعاوضة لدخول بلاد الاسلام . وفقاً لدوائهم وصيانة لأموالهم ، فالقاعدة فيها مساواة المجاهدين مع غيرهم ، ولا وجه لاختصاصهم بها . وإن روي العطاء لهم على عهدة الرسول (ص) فهو حكاية فعل لم يعلم منه الخصوصية لو فرض العلم بكونه كان من القسم الثاني منها ، ومورد الصحيحة المقدمة هو القسم الأول . ولعل اللام في الجزية ، للعهد الذكري دون الجنس ، فالجزية المأخوذة من القسم الثاني راجعة الى بيت مال المسلمين مصروفة في مطلق مصالحهم غير مختصة بالعامّة منها ، إن لم يقم - كما هو الظاهر - دليل خاص على اختصاصها بالمجاهدين .

(١) ففي تهذيب الشيخ آخر كتاب الخمس ٣٩ باب الزبادات حديث رقم (٣٨٠ - ٢) : عنه (أي محمد بن يعقوب) عن عدة من أصحابنا عن سهل ابن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله (ع) : إن أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية ، وإنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقة لأهلها الذين سماهم الله في كتابه ، وليس لهم من الجزية شيء

(٢) راجع من قواعد العلامة : آخر كتاب الجهاد (خاتمة) ما يؤخذ من أموال المشركين . . .

ج ١ بيان حكم القسم الثاني من أراضي الصلح، على أن تكون رقبته للمسلمين ٢٨١

ومنه يظهر ما في (القواعد) من عطفه الجزية على الصلح - إن أريد تغايرهما - .

وقسم آخر - وفروع الصلح معهم على أن تكون الأرض للمسلمين ولهم السكنى والجزية في أعناقهم فهي بحكم (المفتوحة عنوة) بل هي منها بلا خلاف أجده فيه - كما اعترف به بعضهم - فيكون عامرها للمسلمين - قاطعة - بعد إخراج الخمس منها ، ومواتها للإمام عليه السلام ، والجزية للمقاتلة .

ثم الظاهر عدم مشروعية الصلح الموجب لحقن الدم واحترام المال مع غير أهل الذمة من الكفار الحربي ، لعدم انفكاك الإباحة بالنسبة إلى دمائهم وأموالهم وعدم سقوطها إلا بالإسلام :

ومنه يظهر المرجح في تسمية هذه الأرض بأرض الجزية ، كما عن النهاية ، والغنية ، والوسيلة والمنتهى ، والسرائر ، والتذكرة ، وقاطعة اللجاج (١) وغيرها . بل عن الغنية ، والروضة وموضع من (النهاية) : إن أرض الصلح هي أرض أهل الذمة ، وأهل من أطلق العتوان بأرض الصلح كالمحقق في (الشرائع) و (النافع) وغيره ، انكالا على المفروضة عنه ، دون التعميم .

نعم ، لا نمنع لإجراء حكم الصلح الصحيح في مرحلة الظاهر إذا اقتضت مصلحة كلية بوقوع صورة الصلح معهم ، فيكيف عن دمائهم وأموالهم بمباشرة معهم في الظاهر ، لإجراء لاقتضاء المصلحة دون عقد الصلح فلا يخرجون بذلك عن كونهم مهدورين في الواقع ، وإن كانوا محفوظين

(١) النهاية للشيخ الطوسي ، والغنية لابن زهرة ، والوسيلة إلى نيل الفضيلة لابن حزم . والمنتهى للعلامة ، والسرائر لابن إدريس الحلي ، والتذكرة للعلامة ، وقاطعة اللجاج للمحقق الثاني الكركي .

في الظاهر بسبب المصلحة . وهذا بخلاف الجزية الموجبة للحكم الواقعي في حقهم ماداموا قائمين بشروط الدمة .

ولعله الى ما ذكرنا أشار المولى الأردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) بقوله : « هذا إما يكون مع قوم يصح أخذ الجزية منهم وتقريرهم عليها وعلى دينهم ، وهو ظاهر ، وإن فعل مثل ذلك بغيرهم فلا يكون المأخوذ جزية ، ويكون ذلك صلحاً لمصلحة يعلمها صاحبها (١) وعليه ينزل كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال - في وجه تسمية بعض أرض الصالح بأرض الجزية - : « ولعل المراد : أنه الذي وقع من النبي (ص) وإلا فالظاهر من المصنف وغيره عدم الفرق بينهم وبين غيرهم ، لعدم أداة الصلح ، وليس ذلك من الجزية المخصصة بأهل الكتاب ، اللهم إلا أن يدعى اختصاص مشروعية الصلح بهم كالجزية ، انتهى (٢) .

وبعد تحرير هذه الكلمات عثرت على عبارة (انتهى) وهي : « مسألة إذا حاصر الإمام حصناً لم يكن له الانصراف عنه إلا بأحد أمور خمسة : الأول - أن يسلموا - الى أن قال - : الثاني - أن يبذلوا مالا ، فإن كان جزية ، وهم من أهلها قبلت منهم ، لقوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون » (٣) وإن لم تكن جزية بأن كانوا حربيين اعتبرت المصلحة فإن وجد الإمام من المصلحة قبوله منهم ، وإلا فلا ، انتهى .

المقالة الثالثة - في أرض من أسلم أهلها - طوعاً - كالمدينة المنورة ، والبحرين ، وبعض بلاد اليمن - على ما قيل - بدعوة كان إسلامهم أو بدولها

- (١) راجع - في ذلك - كتاب الجهاد ، المطلب الثالث في الأرضين - في شرح قول العلامة في الارشاد : (الثاني أرض الصلح لأهلها على الخصوص ..)
- (٢) راجع ذلك في كتاب الجهاد منه - أحكام الأرضين - في شرح قول المحقق (وكل أرض فتحت صلحاً فهي لأهلها : (٣) سورة التوبة ، آية ٢٩ ،

فهي لأهلها مما وكفة لأربابها ، ليس عليهم فيها شيء إلا الزكاة . إذا اجتمعت شرائطها - فلهم التصرف فيها بالبيع والشراء وغير ذلك من سائر النوافل ما داموا قائمين بعمارتها من غير خلاف فيه كذلك . وإذا أهلوها حتى خربت أخذها الإمام عليه السلام أو القائم مقامه ودفعها إلى من يعمرها بحصة منها : من النصف أو الثلث - مثلاً - وبأخذ القبالة ويدفع منها طسقا (١) إلى المالك ، والباقي في بيت مال المسلمين بصرف في مصالحهم . أتى بذلك جم غفير من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين ، بل في (قاطعة اللجاج للكركي) وغيره : نسبه إلى المشهور (٢) : ومقتضاه البقاء على ملك أربابها ، خلافاً لما عن أبي حنيفة والبراج ، حيث لم يوجب دفع الطسق لأربابها ، ومقتضاه الخروج عن ملكهم . بل صريح كلاميهما : كونها - حيثئذ - للمسلمين .

واحتجوا - على ما في المختلف - بصحيفة معاوية بن وهب ، قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أبا رجل أتى خربة ، فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها ، فإن عليه منها الصدقة ، فإن كانت أرض رجل قبله ، فغاب عنها وتركها ، وأخربها ، ثم جاء - بعد - يطلبها ، فإن الأرض لله عز وجل وللمن يعمرها (٣) .

(١) الطسق - بالفتح - : مكيال ، أو ما يوضع من الحراج على الجريان أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (عن القاموس) .
(٢) قال - في المقدمة الأولى من رسالته في أقسام الأرضين - : « وثانيها - أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً من غير قتال ، وحكمها أن تترك في أيديهم ملكاً لهم يتصرفون فيها بالبيع والشراء والوقف وسائر أنواع التصرف إذا قاموا بعمارتها ويؤخذ منهم العشر أو نصفه . . على المشهور . . »

(٣) مختلف الشبهة للعلامة الحلي ، كتاب الجهاد ، الفصل الخامس في الأسارى وأحكام الأرضين ، مسألة أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً ملك لهم .

وفيه : إن الرواية - كما ترى - أجنبية عن مدعاهما ظاهرة في تملك المحبي لها من دون شيء غير الزكاة عليه . وأين ذلك من كونها للمسلمين بصرف الامام عليه السلام قبالتها في مصالحهم ، فلتنزل على الموات من الأصل أو المملوكة بالاحياء - بناء عليه - فيه كما يأتي في الخاتمة .

والأحسن : الاحتجاج لها بما روى في (المختلف) و (قاطعة اللجاج) عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر قالوا : « ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته ، فقال : من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده ، وأخذ منه العشر مما سقت السماء والأهبار ، ونصف العشر مما كان بالرشاء فيما عمره منها وما لم يعمر منها أخذته الامام ، فقبله ممن يعمره ، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين في حصصهم العشر أو نصف العشر » .

وفي الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال : العشر أو نصف العشر فيما عمر منها ، وما لم يعمر أخذته الوالي فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين ، وليس فيما كان أقل من خمسة أوسق شيء ، وما أخذ بالسيف فذلك للامام عليه السلام فقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنخبر » (١) .

والسؤال - وإن وقع عن أرض الخراج - إلا أن الامام عليه السلام أجاب - أولاً - عن حكم أرض من أسلم طوعاً ، ثم أجاب عن (العنوة) بعده . وظاهرهما إهمال عمارتها حتى زالت لا عدم تعميرها من أصلها حتى تكون للامام عليه السلام بقربنة الإضافة الدالة على الملكية لهم دون الامام

(١) راجع هذين الحديثين - في المختلف - المصدر الآلف ، وفي أوائل رسالة

(قاطعة اللجاج) المقدمة الأولى في أقسام الأرضين .

ج ١ استمرار في حكم الأرض التي أسلم أهلها طوعاً ، وذكر الخلاف في ذلك ٢٨٥

وبقرينة كونها للمسلمين ، مع أن الموات الأصلي مملوكة لمن أحباها ، وعلى المشهور ، خلافاً للحلي - فمنع من التصرف فيها بغير إذن أربابها مطلقاً حيث قال في (السرائر) - بعد نقل ما عليه المشهور - : عن الشيخ أبي جعفر - « والأولى عندي ترك العمل بهذه الرواية ، فإنها تخالف الأصول والأدلة العقلية والسمعية ، فإن ملك الإنسان لا يجوز لأحد أخذه ولا التصرف فيه بغير إذنه واختباره فلا يرجع عن الأدلة بأخبار الآحاد » انتهى (١) .

وهو حسن على أصله ، إلا أنه قول متروك - كما في الدروس - (٢) وغيره ، محجوج بالأخبار المتضاربة التي ادعت شهرتها . غير أنه ليس في الخبرين المتقدمين دفع الطبق لأربابها ، بل ولا صرف ما زاد عليه من حق القبالة في مصالح المسلمين .

إلا أن بعضهم استدل على وجوب الأجرة إلى المالك بصحبة الحلي المتقدمة ، وفيها : « وعن الرجل يأني الأرض الخربة المبتة فيستخرجها ويحري أنهارها ويحمرها ويزرعها ، ماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : فإن كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤد إليه حقه » القاضية بعدم خروجها عن ملك صاحبها بالموت ، إلا أن مفادها كون الأرض لمن عمرها . وإن وجب عليه دفع الأجرة لمالكها الأول ، دون توقف على تقبيل الإمام ، فلتحمل على الاحتمية بها ما دام قائماً بعمارها .

وبالجملة ، فالروايات مختلفة ، وكلمات الأصحاب في المقام متشعبة :

(١) راجع - من سرائر ابن إدريس - : كتاب الخمس ، باب أحكام الأرضين .

(٢) راجع من (الدروس للشهيد) : كتاب الخمس ، في أخريات (درس) تقسم الغنيمة بعد الحول . . .

والذي يظهر لي منها : أن الأرض : إن كانت مواتاً - بالأصل أو بالعارض - ولم يعرف صاحبها ، جاز لكل أحد إحياؤها والاقدام على تعميرها ، فإن عرف صاحبها دفع إليه الأجرة - مطلقاً - أو إن كانت مملوكة بغير الإحياء - على الخلاف الآتي - وليس عليه غيرها وبغير الصدقة شيء . وإن كان صاحبها معروفاً أو كانت خراجية لا يجوز الاقدام عليه بالإحياء ، لكونه مالا مملوكاً لا يجوز التصرف فيه إلا بأذن مالكه . نعم للإمام عليه السلام أو نائبه أخذها وتقبيلها ممن يعمرها بحصة منها وعليه دفع الأجرة الى صاحبها ، لكونه أنفع للمسلمين ، وإحساناً محضاً (و) ما على الخسنيين من سبيل (١) وجمعاً بين حق الملكية وإخراجها عن العطله فإن ذلك ربما يكون من تضييع المال وإتلافه .

والمراد بكونها للمسلمين في الخبرين المتقدمين : كونها لهم لإحيائها وتعميرها ، وإن توقف على التقبيل من الإمام عليه السلام أو نائبه أو نائبيها دون رقبته . وحينئذ فإن دفعها الإمام لمن يعمرها بحصة مخصوصة دفع منها الأجرة الى مالكها إن زادت عليها : وكان الزائد في بيت مال المسلمين لانه - في الحقيقة - محيي لها بالولاية العامة وإن دفعها لا بحصة مخصوصة كان على المعمر دفع ما يستحقه المالك من الأجرة إليه . ثم الأجرة المدفوعة للمالك أجرة الأرض قابلة للتعمير لا أجرتها مغفورة حتى يستحق المالك حتى القبالة كله لو كان التقبيل بحصة مخصوصة كالنصف والثلث - مثلاً - ولذا قلنا : ما زاد على الأجرة من حتى القبالة يجعل في بيت المال .

ومقتضى الجمع المذكور : عدم اختصاص جواز تقبيل الإمام بأرض من أسلم أهلها طوعاً ، بل يعم كل أرض خربة مملوكة لم يعمرها صاحبها كما وقع التعبير بنحو الكلية المزبورة في كلام غير واحد من الفقهاء ، فراجع .

ولأن ظهر من بعض : اختصاص الحكم المزبور بأرض من أسلم طوعاً
لخصوص مورد الخبرين . الاخص مطلقاً من غيرهما من الاخبار ، إلا أن
الظاهر عدم الفرق بين أراضي المسلمين من حيث هو كذلك ككعب ، ولو
اختص الحكم بها لزم أن تكون أرض من أسلم طوعاً أسوء حالاً من أرض
من أسلم كرهاً لخروجها عن مورد النص الموجب لبقائها تحت القاعدة الكلية
المالعة من جواز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه :

هذا ، والظاهر اعتبار عدم كون الترك عن الغفلة والذسيان أو خوف
الظالم ، فضلاً عما لو كان التعطيل لمصلحة الأرض ، لعدم تبادر نحو ذلك
من إطلاقات النصوص ، بل المتبادر منها غيره ، كما لو كان عن عجز
أو مسامحة أو نسيان أو نحو ذلك . خلافاً - في بعض ذلك - لشيوخنا في
(الجواهر) (١) .

ثم الظاهر - أيضاً - جواز ذلك للإمام - عليه السلام - لا وجوبه
عليه - كما وقع التعبير به في كلام بعضهم - أيضاً - .
الهم إلا أن يكون من باب : متى ما جاز وجب سياسة - كما احتمله
في الجواهر - بل استظهره من الخبرين ، وبعض عباراتهم (٢) .

(١) فانه قال - في كتاب الجهاد في شرح قول المحقق (خاتمة ، كل أرض
ترك أهلها عمارتها . . .) : « . . . ثم انه ربما قيل باعتبار عدم كون الترك غفلة
أو نسياناً أو خوفاً من ظالم أو عجزاً عن التعمير بدعوى كون المتبادر غير ذلك ،
ولكن فيه منع واضح ، خصوصاً الأخير نصاً وفتوى : . . . » .

(٢) قال - رحمه الله - كما في المصدر الآنف بعد تلك الجملة التي أوردناها :
« .. بل الظاهر من الخبرين وبعض العبارات وجوب التقبيل على الامام ، ولو باعتبار
ولايته على المسلمين المقتضية لمراعاة مصالحهم ، بل لعله مراد من عبر بالجواز
كابن زهرة والفاضلين والشهيدين وغيرهما ، ولو باعتبار أنه متى جاز وجب سياسة
ومراعاة المصلحة المسلمين » .

وقبه ان الأخذ والتقييل فيها لكونه في مقام توهم الحظر لا ظهور فيه على أزيد من الجواز والاباحة :

والأولى : ابتناء الحكم المزبور من الجواز أو الوجوب - على الوجهين المتقدمين - تسويغ الامام في التصرف من الاحسان ، أو الحفظ من تضييع المال واتلافه ، فيجوز على الأول ، ويجب على الثاني بل ، عليه - جبنه - يجب على المالك التعمير أو الاذن به ، ومع امتناعه عنها ، فعلى الامام أخذه وتقبيله من غيرهم .

ثم الظاهر : اختصاص ذلك بالامام العادل . ويلحق به - في زمن الهبة - نائبه العام ، بناء على عموم أدلة الولاية له . وأما الجائر ، فلا يجوز له ذلك ، اقتصاراً فيما خالف الأصول والقواعد على مورد النص ، فتأمل : المقالة الرابعة - في أرض الأنفال .

وهي الأراضي المحدودة من الأنفال التي هي لله ورسوله والامام القائم مقامه ، وخاصة له ، دون قبيلته . وهي : كل أرض مفتوحة بغير قتال ولا هراقة دم ، بل من غير أن يوجت عليه بجبل ولا ركاب ، سواء أسلموها للمسلمين طوعاً - وهم فيها - أو انجلوا عنها وتركوها ، وكل أرض هلك أهلها وبادوا - مطلقاً : مسلمين كانوا أم كفاراً - معمورة كانت الأرض أم خربة - لأنه وارث من لا وارث له . والأرضون الموات - سواء كانت مواتاً بالأصل كالمقار أو بالعارض اذا باد أهلها أو كانوا مسلمين - بل : وكل أرض لأرب لها - مطلقاً - ولو كانت بحياة بنفسها . والمراد بالموات : عطائها : إما بامتناع الماء عليها أو انقطاعه عنها أو ظهور السبخ ونحوه فيها بحيث لا ينفع بها - والحالة ذلك - وقد مر الكلام فيها - مفصلاً - في (المفتوحة عنوة) .

والأرض المفتوحة من الكفار بغير إذن الامام ، بل مطلق المغنومة

ج ١ المقالة الرابعة في أرض الأنفال . تعريفها ، أقسامها ، أحكامها ٢٨٩

منهم ، كذلك ، فإنه الإمام عليه السلام - على المشهور شهرة عظيمة ، وعن بعض حكاية الاجماع عليه . وهو الحجة ، سيما بعد اعتضاده بما عرفت . مضافاً - الى مرسله الوراق - المنعبر ضعفها به وبالشهرة المستفيضة - وفيها : « اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنمة كلها للامام عليه السلام فاذا غزوا بأمر الامام (ع) فغنموا كان الامام الخمس » (١) والى الحسنه بإبراهيم بن هاشم عن معاوية بن وهب - المتقدمة في المفتوحة عنوة (٢) : وقطائع الملوك ، المعبر بها عن غير المنقول من أموالهم التي اختصروا بها كالأراضي ، وعن المنقول منها بالصواني ، وهي من الأنفال - أيضاً - ما لم يكن مقصوباً من مسلم أو مسلم فإن المقصوب مردود الى صاحبه :

والآجام - بالكسر أو الفتح ، مع المد - : جمع أجمه - بالتحريك ، وهو الشجر الكثير الملتف والمراد : ذات الأشجار الكثيرة الملتفة ، ونحوها للفص ، ورؤس الجبال ، وبطن الأودية ، دون ظهورها ، والمرجع فيها الى العرف - مطلقاً - ولو كانتا في غير ملك الامام على المشهور - كما قبل - خلافاً للحلي وبأني الكلام فيه .

وبدل على ذلك كاه - بعد الاجماع المحكي صريحاً في بعض منها ، مع عدم ذكر الخلاف في الباقي المؤذن به في الجميع - :

الأخبار المعتمدة المستفيضة التي منها - صحيحة إبراهيم بن هاشم - أو حسنة - المروية في (الكافي) عن أبي عبد الله (ع) قال : « الأنفال

(١) راجع : تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة آخر باب الأنفال ، حديث

رقم (٣٧٨) ؛

(٢) راجع : ص ٢١١-٢١٣ من الكتاب ، فقد ذكر فيه عامة هذه الروايات

المذكورة هنا .

ما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، أو قوم صولخوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة ، أو بطون الأودية ، فهو لرسول الله وهو الامام من بعده بضعه حيث يشاء » (١) .

ومرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح - الى أن قال - : « والانفال كل أرض خربة قد باد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، ولكن صولخوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال ، وله رؤوس الجبال ويطون الأودية والآجام وكل أرض ميتة لا رب لها ، وله صوافي الملوك مما كان في أيديهم من غير وجه الغصب ، لان الغصب كله مردود ، وهو وارث من لا وارث له . » (٢) .

وقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير المروي عن علي (ع) : « لنا الانفال ، وقلت : وما الانفال ؟ قال : منها المعادن والآجام وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها فهو لنا » (٣) :

وقول الصادق - عليه السلام - في خبر اسحاق بن عمار المروي عن تفسير علي بن ابراهيم - بعد أن سأله عن الانفال - فقال : « هي القرى التي خربت ، وانجلى أهلها ، فهي لله وللرسول وما كان للملوك فهو للامام وما كان من الارض الخربة التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكل

(١) راجعها في وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الانفال حديث

رقم (١) .

(٢) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الانفال وما

يختص بالامام باب (١) حديث رقم (٤) وهي طويلة . ذكرها الشيخ في (التهذيب) آخر كتاب الخمس .

(٣) يذكرها الحر العاملي في الوسائل ، كتاب الخمس ، أبواب الانفال

حديث (٢٨) هكذا : عن أبي بصير ، عن أبي جعفر قال : لنا الانفال . الخ :

ج ١ استمرار في سرد الأخبار على أن أرض الأنفال هي لله ولرسوله وللإمام ٢٩١

أرض لأرب لها . . . : الحديث (١) .

وما رواه الكليني : عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) :
أنه سمعه يقول : « إن الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم
أو قوم صولخوا وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون
الأودية ، فهذا كله من الفبيء ، والأنفال لله وللرسول ، فما كان لله فهو
للرسول بضعه حيث يحب » (٢) .

ومصححة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سمعته يقول :
الفبيء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولخوا
واعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهو كله من
الفبيء ، فهذا لله ولرسوله . . . » (٣) .

ورواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) - في حديث -
« قال : قلت : وما الأنفال ؟ قال : بطون الأودية ، ورؤوس الجبال
والآجام والمعادن وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكل أرض
مبنة قد جلي أهلها ، وقطائع الملوك » (٤)

وموثقة سماعة : « قال : سألت عن الأنفال ؟ قال : كل أرض
خربة أرشيء يكون للملوك فهو خالص للإمام (ع) ليس للناس فيه سهم

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما
يختص بالإمام ، حديث رقم (٢٠) .

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، باب الأنفال ، حديث رقم (٢٧٠)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الأنفال ، حديث

رقم (٢٧٦) .

(٤) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال

وما يختص بالإمام ، حديث رقم (٣٢) إلا أن سنده عن داود بن فرقد ...

- قال - : ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، (١)
وما رواه الشيخ عن داود بن فرقد : « قال قال أبو عبد الله :
قطائع الملوك كلها للإمام وأيسر للباس فيها شيء » (٢)
ورواية محمد بن مسلم : « قال سمعته قال - وسئل عن الأنفال - :
كل قرية يهلك أهلها أو يجلون عنها فهي نفل لله عز وجل نصفها يقسم
بين الناس ، ونصفها لرسول الله فما كان لرسول الله (ص) فهو
للإمام » (٣)
إلى غير ذلك من الأخبار المنجبر ضعف بعضها سنداً بالشهرة فتوى
ورواية .

والتقييد بالنصف محمول على النقيصة - كما في الخدائق - (٤) و
(الخربة) (٥) في الرسالة ، منزل على الغالب ، وإلا فالأرض - مطلقاً -
وإن كانت معمورة إذا هاد أهلها من الأنفال - كما عرفت - :
وإطلاق جملة منها المتعلقة بالآجام وبطون الأودية ورؤوس الجبال

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال ، حديث
رقم (٨) . وتهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الأنفال حديث رقم
(٣٧٣ - ٧) :

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الأنفال ، حديث
(٣٧٧ - ١١)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الأنفال ، بسنده : سمعت
أبا عبد الله (ع) يقول . . الخ

(٤) راجع كتاب الخمس من (الخدائق) ج ١٢ ص ٤٧٢ طبع النجف
الأشرف ، عقيب ذكره للخبر الآنف .

(٥) في قول الإمام (ع) : « كل أرض مخربة . . » :

ج ١ ذكر القول بأن أرض الأنفال مباحة لعموم المسلمين كالمفتوحة والجواب عنه ٢٩٣

يعم ما كان منها في ملك الإمام وغيره ، خلافاً للمنسوب إلى ظاهر الحلي في الثلاثة ، فخصها بما إذا كانت في ملك الإمام . ورده في البيان بأنه يقتضي إلى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه عليه السلام بذلك لكن في (المدارك) - بعد ذكره ما في البيان - : « الله جيد أو كانت الأخبار المتضمنة لاختصاصه بذلك على الإطلاق صالحة لإثبات هذا الحكم ، إلا أنها ضعيفة السند ، فيتجه المصير إلى ما ذكره ابن إدريس الحلي ، قصراً لما خالف الأصل على موضع الوفاق » (١)

وفي (المختلف) : « . . . احتج ابن إدريس بأن الأصل إباحة ذلك للمسلم وعدم تخصيص الإمام (ع) به ، فلا يعدل عنه بمثل هذه الأخبار الضعيفة . والجواب : المنع من أصالة الإباحة ، بل الإمام أولى ، لأنه قائم مقام الرسول ، وهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم : . . . » (٢) انتهى . وقال الخال في (المناهل) : « . . . » وأشار إلى هذا الأصل في (المدارك) و (الذخيرة) بقولها : يتجه المصير إلى ما ذكره ابن إدريس - رحمه الله - قصراً لما خالف الأصل على موضع الوفاق : وقد يجاب عما ذكره - أولاً - بالمنع من الأصل المذكور عليه - كما في (المختلف)

(١) وتعام عبارته - كما في كتاب الخمس ، المقصد الأول في الأنفال في شرح قول المحقق (ورؤوس الجبال . . .) : « وإطلاق النص وكلام أكثر الأصحاب يقتضي اختصاصه (ع) بهذه الأنواع الثلاثة من أي أرض كانت ، ومنع ابن إدريس من اختصاص الإمام بذلك على الإطلاق ، بل قيده بما يكون في موات الأرض أو الأرضين المملوكة للإمام ، ورده الشهيد في (البيان) بأنه يقتضي إلى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه بهذين النوعين وهو جيد :
(٢) راجع : كتاب الخمس منه ، الفصل الثالث في الأنفال .

بقوله : والجواب المنع ، الى آخر ما تقدم من كلامه - ثم قال - :
وفي حاشية (الروضة) بقوله - بعد الاشارة الى ما ذكره في (المدارك) :
وما ذكره من قصر الحكم المخالف للاصل على موضع الوفاق لا يخلو من
خفاء .

فأله ان اراد أن الانتقال رؤوس الجبال الى الإمام مخالف للاصل فيقتصر
فيه على موضع الوفاق - وهو ما كان في الموات والأرضين المملوكة
للإمام (ع) - فقيه : إن ذلك الأصل غير مسلم ، لما عرفت : من
احتمال ان تكون الجبال والأودية دائماً - للحجة في زمانه ، وهو يأتي في
الآجام ايضاً اذا كانت مستأجرة في الأصل : ولو سلم هذا ، فإنما يتم في
ما كان أسلم عليه أهله طوعاً . وأما المفتوحة عنوة ، فكما أن الانتقال الى
الإمام عليه السلام خلاف الأصل فكذلك الانتقال الى المساجين ، وليس
بشيء موضع الوفاق فلا ترجيح للثاني على الأول :

وإن اراد أن الأصل في رؤوس الجبال أن تكون تابعة للأراضي
التي هي فيها ، فالحكم بها لغير صاحب الأرض مخالف للاصل فيقتصر فيه
على موضع الوفاق ، فقيه - بعد تسليم الأصل المذكور : أنه ليس على هذا
موضع وفاق وقع فيه خلاف ، إذ على ما اختاره ، رؤوس الجبال تابعة
للأرض مطلقاً وتكون لأصحابها ، فلم تقع فيه مخالفة لذلك الأصل :

ويمكن اختيار الأول ، بناء على تسليم الأصل المذكور ، بأن يقال :
إن ذلك لترجيح قول ابن ادريس - رحمه الله - فيما أسلم عليه أهله طوعاً
بأن فيه اقتصار الحكم المخالف للاصل ، وهو اختصاص الإمام على موضع
الوفاق ، وأما ترجيحه في (المفتوحة عنوة) فكأنه باعتبار أمر آخر ، وهو
موافقته لأصل تبعيتها للاصل ، بخلاف قول المشهور ، فإنهم يحكون
فيهما بكونهما للإمام عليه السلام مع كون الأرض للمسلمين ، فتدبر ،
انتهى .

قلت : لا يخفى عليك مواقع النظر في ذلك :

أما ما ذكره في البيان : من الرد بالتداخل وعدم الفائدة ، ففيه :
إن ذلك غير وارد على من لم يعمل بأخبار الأحاد كابن ادريس - رحمه الله -
المفروض عنده خلط المقام عن الأخبار المخرجة للحكم عن الأصل . نعم ،
برد ذلك على من يعمل بهذه الأخبار ، واربعون جبر ما ضعف منها ،
ويقول - مع ذلك - باختصاصها بما كان في ملكه . ولكن لم نعلم على
قاتل منهم بذلك : على أن الفائدة كادت أن تكون معدومة في رؤوس
الجبال وبطون الأودية ، لعدم انفكاكها - غالباً - عن الموات الموجب
لكونها - حيث - الامام عليه السلام والموجب بسبب الموت .

وأما ما وقع من (المختلف) في الجواب بالمنع من الأصل المزبور
بأولوية الامام (ع) بالمؤمنين من أنفسهم ، ففيه : إن ذلك لا يدل على
الملكية له (ع) وإن كان أولى بالنصرف فيه ، فإنه أولى بالمؤمنين في
النصرف في أملاكهم من أنفسهم . بل لم نجد لما ذكره من وجه المنع
معنى محصلاً .

اللهم إلا أن يريد به : إن الامام عليه السلام ليس في مرتبة غيره
من آحاد المسلمين حتى يتمسك عليه باصالة الاباحة عند الشك في امتياز
عن سواه بالاختصاص .

وفيه : إن الحكم بالأولوية منبسط على المباحات والمملوكات - مطلقاً -
فلا ينافي التمسك بالأصل لتعيين أحد النوعين ، وإن كان الحكم بها يعمها
ومنبسطاً عليهما ، فافهم .

وأما ما ذكره الخشي - رحمه الله - في الحاشية الجهمية : من احتمال
أن تكون الجبال والأودية - دائماً للحجة (ع) في زمانه :

ففيه : أنا ننقل الكلام معه الى أول زمان شرع الانفال المدعى نقلها

اليه بالنقل ، فان الاصل عدمه .

وأما ما ذكره من قوله : وأما المفتوحة عنوة فكما أن الانتقال الى الامام عليه السلام خلاف الأصل فكذا الانتقال الى المسلمين . الخ
ففيه : ان الشك في الانتقالين ليس في مرتبة واحدة ، لأن الانتقال الى المسلمين فرع كونها مملوكة للكفار قبل الاغتنام حتى ينتقل به اليهم
وكونها للامام فرع عدم كونها لهم .

مضافاً الى ما ذكره من التفصيل في أجزاء الأصل وعدمه بين المفتوحة عنوة وأرض من أسلم عليها طوعاً : الأول في الثاني ، والثاني في الأول ، مبني على تحلك الكفار لها حال الكفر قبل الاسلام أو الاغتنام حتى يقال ببقائه على ملكهم وعدم انتقاله الى الامام عليه السلام في الثاني ، للأصل . ومعارضة الأصل بمثله بعد معلومية الانتقال منهم بالاغتنام في الأول مع كون الدخول في ملكهم ، والحال ذلك بمجرد وضع اليد عليها من دون إحياء لها - أول الكلام : بل مقتضى الأصل عدمه . ودعوى معلومية الانتقال وعدم بقائها على الإباحة الأصلية ، تدفعها معارضة اصالة عدم الانتقال الى الامام عايه السلام باصالة عدم الانتقال والدخول في ملك الكفار ، إذ هو أيضاً مقتضى الأصل عدمه ، فيجري فيه نظر ما يجري في المفتوحة عنوة من تعارض الأصلين ، فافهم :

وأما ما ذكره - أخيراً - : من التفصيل في معنى الأصل بإرادة معناه الأول في أرض من أسلم أهلها طوعاً وبمعنى الظاهر في المفتوحة عنوة :

ففيه : أنه تفكيك ركيبك : ولعله اليه أشار بالتدبر :

وبالجملة : فكلام ابن ادريس جيد ، بناء على أصله : من عدم العمل بأخبار الآحاد الموجب حينئذ للرجوع الى الأصل ، إلا أنه يجب

ج ١ استمرار في مناقشة (المناهل) وبيان أن كلام ابن ادريس غير صريح فيما نسب اليه ٢٩٧

الخروج عن مقتضاه بتلك الأخبار الكثيرة المنجبرة ما ضعف سنده منها بالشهرة المستفيضة الحاكمة باطلاقها على ما كان منها ، ومن المستأجرة بالأصل للإمام عليه السلام ، ولو كان في ملك غيره ما لم يكن مملوكاً بالاحياء ، أو مستأجرة في ملكه فانه لملكه :

هذا ، وكلام ابن ادريس - رحمه الله - غير صريح فيما نسب اليه ، بل لعله غير ظاهر فيه ، سيما بالنسبة الى الآجام التي كاد أن يكون فيها كالصريح في خلافه . ولذا عن (البيان) : الافتصار في نسبة الخلاف اليه على الأولين دون الآجام ، حيث قال في (السرائر) - في تعداد أراضي الأنفال ورؤوس الجبال ويطون الأودية والآجام التي ليست في أملاك المسلمين ، بل التي كانت مستأجرة قبل فتح الأرض والمعادن التي في بطون الأودية التي هي ملكه ، وكذلك رؤوس الجبال - « فأما ما كان من ذلك من أرض المسلمين ويد مسلم عليه ، فلا يستحقه الإمام عليه السلام بل ذلك في الأرض المفتوحة عنرة والمعادن التي في بطون الأودية مما هي له . . . انتهى (١)

إذ لعل الظاهر من كلامه التفصيل في المعادن بين ما كان في ملك الإمام عليه السلام كبطون الأودية ورؤوس الجبال ، على أن تقييد البطون في كلامه بالتي هي ملك الإمام (ع) من القبود التوضيحية ، لا الاحترازية ، وكلامه في الآجام موافق لما عليه غيره . بل لعله المشهور من أنه مشروط بما إذا لم تكن مستأجرة في ملك الغير ، فإن المستأجرة كذلك مملوكة للملكها ولا أقل من الاجمال في كلامه .

وكيف كان ، فلو فرض - ولو بالحال العادي - أنه استجلبت

(١) راجع - من سرائر ابن ادريس الحلي - : كتاب الخمس ، باب ذكر

الأنفال ومن يستحقها . .

الأرض المملوكة أو استودت فهل نقتل إلى الامام عليه السلام، لاطلاق ما دل على كونها من الانفال ، أو هي باقية على ملك مالكها ، للأصل مع انصراف المطلقات إلى ما كان كذلك بالأصل وقبل شرع الانفال ؟ وجهان ، ميلان على ما عرفت - إلا إذا كانت مملوكة بالاحياء وقتلنا بصبرورتها مواتاً بذلك ، فالها تبني على المسألة الخلافية الآتية في خروج المملوكة بالاحياء بالموات عن الملكية وعدمه ، وإن كان الأقوى عدمه - كما يأتي - :

هذا ، ولعل النزاع في غير الآجام من الثلاثة قليل الجدوى ، لعدم انفكاكها - غالباً - عن الموت الموجب لكونها للامام بذلك . بخلاف الآجام التي قد يدعى ألها من الحياة لكثرة الانفعال بأشجارها وأخشابها التي ربما لا تنقص عن جملة من المنافع التي تعد بها الأرض محياة . بل ، ولعل اطلاق بعض الأدلة يقضي بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الامام عليه السلام وإن كانت محياة بنفسها ، بل وما كان منها في المفتوحة عنوة ، تحكيماً للاطلاق المبرور ، على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها ولو بترجيحه عليه ، بناء على تعارض العموم من وجه بينهما . بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما ، فضلاً عن الترجيح ، بناء على أن اطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكاً للكفار . وایس بشيء من ذلك للدلالة المزبورة داخلاً في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة - فراجع :

بقي هنا إشكال : وهو إن مقتضى ملكية الامام عليه السلام لهذه الأراضي ملكية ما فيها من النباتات والأشجار بتبعية الأرض . ومقتضاه عدم جواز تناول شيء من ذلك إلا بإذنه ، مع أن بناء الناس وسيرتهم جار على المعاملة مع هذه الأشياء معاملة المباحات الأصلية من

التملك بمجرد الحيازة بالاحتشاش والاحتطاب وترتيب آثار الملكية عليها بالبيع أو الشراء ، وغير ذلك من غير فرق بين كون الحائز من الشيعة أو غيرهم ، فلا يجدي التمسك بأخبار الإباحة والتحليل بالنسبة إلينا بالخصوص في رفع الاشكال بعومره ، بل ذلك مقتضى ما ورد من قوله (ص) : « الناس شركاء في ثلاثة : النار والماء والكلاء » (١) بل الظاهر منه سببا مع عطف الكلاء على الماء المعلوم كونه من المباحات الأصلية : كون الثلاثة باقية على الإباحة الأولية . بل قد يقال : لم نجد مصداقاً لما يتحقق معه الإباحة الأصلية من الكلاء والماء والنار المقصود منها - ظاهراً - الشجر والحطب ولو مجازاً ، كيف وإباحة شيء من تلك فرع لإباحة الأرض الناهية فيها . وليس - عندي - من الأراضي ما هي باقية على لإباحتها الأصلية - بعد ما عرفت من تقسيم الأراضي وأحكامها - .

ودعوى استثناء ذلك من أدلة التبعية في خصوص ما ثبت في أرض الامام عليه السلام المختصة به بالإمامية ، فيها من الوهن ما لا يخفى .

فلا محيص عن الإشكال ، إلا بما منح بالبال وخطر في الخيال ، يدعى إمكان : أن يقال - ولو للجمع بين الأدلة - : أن تلك الأشياء - مع كونها مملوكة للامام - يجب عليه - عليه السلام - بذلها للأنام كافة كما يجب على المعيل بذل ماله لمن يجب عليه نفقته ، حتى يكون جميع الناس مطوقين له بطوق إحسانه متنعمين بسعة فضله وامتنانه ليكون له فضل المنعم ، ويستحق عليهم شكر المتنعم ، وهو أتم للخدمة وأوضح للمحاجة ، فتلك - أسعة البذل وعمومه - بحكم المباحات الأصلية في تلك من سبق

(١) حديث نبوي مشهور بين الفريقين ، يذكره ابن الأثير في (النهاية)

باب الشين ، ومن الخاصة عامة الموسوعات الفقهية في باب المباحات الأصلية .

لها بالحيازة ، فلكية الامام لما نظير ملكية الله تعالى الاشياء التي لا تنافي معها ملكية العباد .

لكن هذا الحكم لا يعم أمواله المختصة به ، ولو بالامامة ، بل تختص منه بما اشتد مسيس حاجة الناس اليه وتوقف ضرورة التعيش عليه كالنار وللكلالة ، فافهم واغتم :

هذا تمام الكلام في أراضي الانفال من حيث موضوعها

وأما حكمها : فهي للامام عليه السلام - بعد النبي (ص) - القائم مقامه ، فلا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بأذنه ، كما تقتضيه اصول المذهب وقواعده - مطلقاً - في زمان الحضور والغيبة ، وجواز التصرف في ذلك لنا في الثاني ، لا لسقوط الاذن بالنسبة اليانا ، كما لعله يظهر من (المدارك) وغيره . بل لحصوله منهم لنا بأخبار التحليل والاباحة لشبعتهم وهو - في الجملة - مما لا خلاف فيه ، وإن وقع الخلاف في مقدار ما حللوه : فمنهم من أفرط في ذلك ، وعمم الحكم بالاباحة والتحليل لمطلق ما للامام عليه السلام حتى الخمس ، فأسقطه في زمان الغيبة ، إلا أنه قول منزك ، وماه غير واحد بالندرة والشذوذ (١) ومنهم - من خصه

(١) وهو مذهب (سلار) من القدماء ، واختاره من المتأخرين : الفاضل المولى محمد باقر في الذخيرة . قال العلامة في (المختلف) آخر كتاب الزكاة (الفصل الثالث في الانفال - وقبل انتهاء الكتاب ييسر فانه بعد استعراض الأقوال في المسألة وذكر احتجاجاتهم فيها ، وعرض احتجاج سلار وأتباعه ، في سقوط أصل الخمس حال الغيبة - قال : « ... واعلم ان هذا القول بعيد عن الصواب ، لضعف الأدلة المقاومة لنص القرآن ، والاجماع على تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه » .

بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر المقصود منها - ظاهراً - ما يشترى بالتجارة من الأموال التي فيها الخمس من الظلّة ، كما عن العلامة في كتبه وعن (الحدائق) : نسبه الى المشهور (١) .

ولعل الأقوى : اختصاصه بمطلق الانفال دون الخمس ، جمعاً بينها وبين ما دل على وجوب دفعه والخث على اخراجه وإبصاليه الى أهله ، أو خصوص الثلاثة منها . وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله في كتاب الخمس .

وكيف كان ، فالأراضي التي هي من الانفال يجوز لنا التصرف فيها بالزراعة وغيرها من غير توقف على التقبيل من الجائر ، بل ، ومن الحاكم أيضاً - وإن كان نائباً للامام ، وقلنا يعموم ولايته لحصول الاذن من مالكة الحقيقي : وبذلك يفترق حكمها عن حكم الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين من المفتوحة غزوة :

هذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا . وأما ما كان في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم ، وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر : وجهان : من أنه مال الامام عليه السلام في يده من لا يستحق وظالم له في تصرفه وغاصب له في قبضه ، ومن أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره غير أن ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة مما كان في أيدي غيرنا من الانفال جاز لنا أخذه منه - بلا إشكال - لانه للامام عليه السلام ، وقد أباحه لنا .

نعم ما يأخذه باسم ذلك مما هو في أيدينا ، ففي جواز أخذه منه ،

(٢) راجع - في تفصيل ذلك ونسبة هذا القول الى الشيخ الطوسي واختيار عامة المتأخرين له : مختلف العلامة آخر كتاب الخمس ، وحدائق الشيخ البهواني كتاب الخمس آخر ج ١٢ طبع النجف الأشرف .

وعدمه : وجهان : مبنيان على كون المأخوذ باسم ذلك من المستقبل مناساً مماو كآ لكونه بالاباحة والتحليل مستحقاً للارض مجازاً بلا أجرة عليه ، أو هو للإمام عليه السلام ، فيكون الجائر غاصباً منه ، دون الزراع ، وإن أبيع له الأجرة أو تساط عليه . ولعله يأتي لذلك مزيد توضيح إن شاء الله تعالى .

هذا ، وقد يسبق إلى الذهن في المقام له إشكال ، وهو : إن غابة مفاد أخبار التحليل والاباحة ، جواز التصرف فيما هو للإمام عليه السلام من الأقال دون التملك ، مع قيام الإجماع على ترتيب آثار الملكية عليه من البيع والشراء ومنازل للنواقل ووطء الأمة وعنفها المتوقفين على الملكية .

وبدفعه - مضافاً إلى إمكان دعوى أن يقال بدخوله - آنأما - في ملكه عند ارادة وقوع شيء من ذلك كالمعاطاة ، بناء على المشهور : من إفادتها الاباحة .

أله لم لا يجوز في أول مرتبة الانتقالات من الفصولي - مع إجازة المالك ، بناء على صحته - مطلقاً - ولو مع وقوعه لنفسه كبيع الغاصب مع إجازته ؟ .

وأما جواز وطء الأمة المغنومة لمن اغتناها ، فن باب التحليل ، فنأمل .

أو يقال : إن عدم إفادة الاباحة أزيد من جواز التصرف لكونه المتيقن منها دون التملك الذي مقتضى الأصل عدمه لأنها أعم منهما ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، مسلم في الاباحة المجردة عن قرينة التملك دون المحفوفة بها : من التعليل بطيب الولادة ونحوه الظاهر فيه ،

ج ١ الاشكال بأن غاية ردة ادخيار التحليل هو جواز التصرف لا التملك وجوابه ٣٠٣

سيا مع ما ورد من قوله عليه السلام « ما هو لنا فهو لشيعتنا » (١) ،
الظاهر - ولو بمعونة اللام - في الملكية .

لكن قد يقال : إن التملك لا بد وأن يكون بأحد الأسباب المملوكة
شراً ، وليست الإباحة منها .

وقد يجاب عنه بأن السبب المملك شراً - هنا - هو اليد بالأخذ
والتناول في مورد الإباحة الكلية من المالك ، كالأخذ بقصد التملك في
مورد الإعراض والتناول من نثار الاعراس ، فيكون بحكم المباحات المملوكة
لن سبق اليها بالحيازة ، فتأمل (٢) .

أو يقال : بأن الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات مرداة للملكية
العين ، بل الإباحة الخاصة مرتبة من مراتب الملكية لها - أيضاً - غير أنها
مرتبة ضعيفة من جهة اختصاصها بالجهة الخاصة بالملكية التي هي بمعنى
السلطنة المتعاقبة بالعين ، إن اشتدت قوتها بحيث أحاطت بجميع التصرفات
فيها عبر عنها بملك الرقبة ، للاحاطة المزبورة ، وإن اختصت ببعض
الجهات دون بعض عبر عنها بملك المنفعة ، وأضعف منها مرتبة ملك
الانتفاع .

فلملكية من حيث الشدة والضعف والأضعف مراتب ثلاثة :

(١) بهذا النص وينصوص أخرى مختلفة الأداء متحدة المضمون بذكر الحر
العامل في (وسائله ، آخر كتاب الخمس) أبواب الأنفال ، ٤ لإباحة حصص الامام
من الخمس للشيعه ، روايات كثيرة .

(٢) وجه التأمل : هو أن ذلك إن تم فلا يتم فيما كان الاغتنام الذي هو
تملك الامام حاصلاً بنفس الأخذ ، ضرورة تأخير تملك المغنم في المرتبة عن تملك الامام
بالاغتنام المسبب عنه . اللهم إلا أن يقال : إن التقدم بالعلية لا بالزمان فتأمل (منه)
قدس سره .

يعبر عن الأولى - اصطلاحاً - بملك العين ، وعن الثانية بملك المنفعة وعن الثالثة بملك الانتفاع .

ومن ذلك : ملكية الزوج لبضع الزوجة ودخول بضع الأمة المحللة في ملك اليمين بعد حظر التحليل في قوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » (١) والأمة المحللة ليست بزوجة - قطعاً - فهي مملوكة للمحلل له من جهة خصوص الانتفاع ببعضها . ولا ينافي ذلك كونها باقية على ملك مالكها لحلل المبيع ، ولعائك تقف على مزيد توضيح لذلك في مسألة المعاوضة :

تذنب : فيما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة الذي قد عرفت معناها من الأراضي وبإم المزاكاة من الانعام وغيرها وما يؤخذ منه من ذلك من الجوائز أو بالبيع والشراء وغير ذلك :

فنقول : لا اشكال في براءة ذمة المتقبل من الجائر بدفع القبالة اليه ، بلا خلاف أجده بل الاجماع - بقسميه - عليه .

وبدل عليه - مضافاً الى ذلك - : الأخبار المستفيضة الدالة على صحة التقبيل منه ، وإن كان هو آثماً في قبضه ، لأنه غير مستحق له لكونه وظيفة الامام العادل المتولي لامور المسلمين .

وبذلك يخرج عن القاعدة التي لولاها لكان مقتضاها عدم تعيين المقبوض أجره ومقاسمة لفساد القبض والفسمة لكونه غاصباً ظالماً فيها ، فيبقى المقبوض على ملك مالكه ، ويجب - حيثئذ - دفع ما عليه من القبالة لمن يستحق القبض منه ، وهو الامام العادل (ع) المتولي لمصالح المسلمين إلا أن الحكم بالبراءة مدلول عليه بالاجماع والسنة المستفيضة الكاشفين عن

(١) سورة المؤمنون ، آية : ٥ ، ٦ ، وتام الآية : والذين هم لفروجهم

حافظون : إلا ...

ج ١ في حكم ما يأخذ الجائر باسم الخراج والمقاسمة وبراءة ذمة المتقبل من ذلك ٣٠٥

إمضاء الشارع لتعيينه خراجاً للارض :

كما لا اشكال - بل لا أجد خلافاً معتداً به - في جواز أخذ شيء من ذلك منه بالبيع او الشراء وسائر الانتقالات : من الصلوات والهيئات ، لا لأخبار الإباحة والتحليل - كما توهم - إذ هي أخص من المدعى لظهورها في خصوص ما هو ملكهم كالانفال ، فلا تعم ما هو لغيرهم ، ولهم الولاية عليه ، كخراج المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين ، بل اتحقق الاذن بذلك منهم بالمستنبضة من الروايات وبمحكي الاجماع :

فمن الاولى - صحيحة الجداء ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألت عن الرجل منا يشتري من السلطان ، من ابل الصدقة وغنمها ، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم اكثر من الحق الذي يجب عليهم ، فقال : ما الابل والغنم إلا مثل الخنطة والشعير ، وغير ذلك ، لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيجنب . قلت : فما ترى في متصدق يجيئنا ، فليأخذ صدقات أغنامنا ، فنقول : بعناها ، فبيعنا إياها ، فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس قيل له : فما ترى في الخنطة والشعير يجيئنا الفاسم . فيقسم لنا حفظنا ويأخذ حظه فنأخذ به كبل فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : ان كان قد قبضه بكبل وأنتم حضور فلا بأس » (١) . : الحديث

(١) ذكر هذه الرواية بنصها الشيخ المرتضى في (مكاسبه - في المكاسب المحرمة) بعنوان : خاتمة تشتمل على مسائل : . . الثالثة : ما يأخذ السلطان المستحل . : وذكرها الحر العاملي في (وسائله ، كغاب التجارة) أبواب ما يتكسب به ، ٥٢ باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلاة . : حديث رقم (٥) بسنده هكذا : محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي عبيدة عن أبي جعفر (ع) : :

الظاهرة - بل الصريحة - في جواز شراء ما لم يعلم أنه الحرام بعينه من المقبوض زكاة أو خراجاً المنع كونه كذلك بالمقبض ، ولو بمعونة إضمار الشارع له ، وأن الحرام هو الفدر الزائد عليه ، فيكون بائناً على ملك مالكة ، يجب الاجتناب عنه وعن المشتعل عليه بحيث لا يفرز أو المشتبه به بالشبهة المحصورة مع الاهتلاء بأطرافها :

والمنافسة فيها - أولاً - بأخصبتها من المدعى لأختصاصها - أولاً - بالشراء فلا يعم غيره من النواقل ، وثانياً - بالزكاة لامكان أن يكون المشتري مستحقاً لها ، وثالثاً - بأن تعليق الجواز ونفي البأس فيها على عدم معلومية الحرام مشعر بالمنع عنه مطلقاً ، بعد أن كان المأخوذ - ولو قدر الحق الواجب - حراماً بالأجماع . ولعل العدول عنه الى التعبير بذلك وللإجمال في البيان للثنية :

ضعيفة جداً ، لانه إن تم في الشراء أو الزكاة ، تم في غيرهما من النواقل والحقوق بعدم القول بالفصل - كما قيل - مع ظهور لفظ (القاسم) في ذيلها في المقاسمة ، سيما مع سبق حكم الزكاة في قوله (الا مثل الخنطة والشعير ، ووقوع التعبير عنه بـ (المصدق) فيكون (القاسم) غيره . ولا أغل من الاطلاق ، بل العموم المستفاد من ترك الاستفصال وظهور إرادة الزائد على الحق الواجب عليه من الحرام الواقع غاية في قوله « حتى تعرف الحرام بعينه » وهو الخصوص فيها بالمنع عنه ، دون الحق الواجب وان كان حراماً على الآخذ آنماً في أخذه مضموناً عليه ببدله ممنوعاً عن التصرف في ثمنه ، فلا إجمال حتى يشعر بالثنية ، ولا موجب للعمل عليها : بل ظاهراً - سؤالاً وجواباً ونقريباً من الامام - : كون الجواز بالنسبة الى المقبوض مقدار الحق مفروضاً عنه ، وإنما وقع السؤال عما يعلم قبضه أكثر من الحق لشبهة إدراج الزائد في المبيع بل مقتضى نفي البأس عن

ج ١ مناقشة الاستدلال على براءة ذمة المتقبل من الجائز بصحبة الخداء وجوابها ٣٠٧١

الشراء المسبب عن حلبة المأخوذ به ، واو بقريئة قوله ، حتى تعرف الحرام بعينه ، عدم الفرق بينه وبين غيره من التناقل ، لوجود المناط ، وهو الحلبة . فالدفع به أيضا دعوى اختصاص الجواز بالشراء ، اقتصاراً فيما خالف الاصل والقواعد على القدر المتيقن وهو الشراء دون غيره - كما عن بعض - .

وبالجملة : فالصحبة كالصريحة : في أن جهات الاسئلة فيها هي : أولاً - عن الجواز مع العلم الاجمالي بحصول الحرام في أبدى العمال وثانياً من جهة توهم الحرمة أو الكراهة في شراء ما يخرج في الصدقة ، كما ذكر في باب الزكاة . وثالثاً - من جهة كفاية الكيل الاول في بيع المكيل والموزون ، وكون أصل الجواز مفروضاً عنه ، والا كان هو أولى بالسؤال عنه (هـ) .

(هـ) تنبيه: تقيد جواز الشراء في الفقرة الثانية من الصحبة بالاخذ والعزل الظاهر في كونه عطف بيان لا لسق ، للتعبين ورفع الجهالة والابهام في المبيع ، ولذا حكموا ببطلان بيع مبد من العبدن وشاة من الشاتين بل وصاع من صبرة منقسمة الى صبعان متعددة ، وان حكموا بصحة بيعه منها مجتمعة مطلقاً ، اعدم الابهام في الثاني في المبيع المقدر بالصاع ، وان كانت الصبرة مجهولة ، ووجوده في الاول لتردد المبيع بين الصبعان وان كانت معلومة العدد ، وان أشكل بعضهم في وجه الفرق بينهما حتى جعلهما من واحد واحد في عدم الجهالة فيهما ، واعله واضح لان متعلق البيع في الثاني هو الكلي المقدر المجرد عن لحاظ جميع العوارض الطارئة على نفس الحقيقة التي هي الماهية المعراة عن جميع القيود والملاحظات الخارجة عنها . مع فرض عدم الابهام فيها في مقدارها ، بخلاف الاول الملمحوظ فيه مع قيد التشخص بالفردية والانتشار في الافراد الموجب للابهام من هذه الحبيشة المفقودة في بيعه من المحتمة ، فافهم (منه رحمه الله) .

ومنها - موثقة اسحاق بن عمار ، قال : « سأله عن الرجل يشتري من العامل ، وهو بظلم ؟ قال : يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه أحد » (١) لظهور السؤال عن الشراء من العامل في شراء ما هو عامل فيه من الحقوق التي يقبضها عن السلطان ، ولا أقل من العموم المستفاد من ترك الاستفصال .

وبه يندفع توهم السؤال عن شراء أموال الظلمة - كما عن الشيخ إبراهيم القطبي (٢) - فيكون المراد بالظلم المنسوب الى العامل هو أخذه الأكثر من الحق الواجب دون أصل الحق ، ولما لم ينفك العامل عن الظلم - حينئذ - فيكون سياق الرواية مباح للصحيحة المتقدمة ، سواء وجوباً في صدرها .

ونحوه الخبر الموصوف بالصحة ، وفيه : « أشتري من العامل الشيء أعلم إنه بظلم ؟ فقال : اشتر منه » (٣)

بل ، وترك الاستفصال المفيد للعموم يستدل عليه باطلاق النصوص المجوزة للشراء من الظلمة ، نحو المرسل كالصحيح : « أشتري الطءام (١) وسائل الخرج العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، باب جواز الشراء من غلات الظالم ، حديث رقم (٢) :

(٢) ذكر ذلك - تفصيلاً - في رسالته الخراجية المسماة (السراج البهاج في مسألة الخراج) طبعته ضمن مجموعة من الرسائل الخراجية والرضاعية وغيرها في إيران بقطع صغير سنة ١٣١٥ هـ .

(٣) راجع : الوسائل للخر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلابة ، حديث رقم (٤) بسنده هكذا : محمد ابن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبد الله (ع) : أشتري ...

ج ١ الاستدلال على جواز التقبل برواية أبي سمالك ومناقشتها والدفاع عنها ٣٠٩

فيجبني من يتظلم بقول : ظلمتني ؟ فقال : اشتره « (١) .
اللهم إلا أن يدعى في نحو الأخير كون الاطلاق مسوقاً لبيان حكم آخر
ومنها - الحسن : « ما يمنع ابن أبي سمالك أن يخرج شباب الشيعة
فيكفونه ما يكفيه الناس ويعطيهم ما يعطي الناس قال - ثم قال لي - : لم
تركت عطامك ؟ قال قلت مخافة على ديني ، قال : ما منع ابن أبي سمالك
أن يبعث إليك بعطائك ؟ أما علم أن لك في بيت المال نصيباً « (٢) :
وقال جدي في (الرياض) - بعد ذكره الرواية - : ما هذا لفظه :
« وهو - مع حسنه واحتمال صحته - واضح الدلالة من حيث تجوزة - أولاً -
لشباب الشيعة أخذ ما يعطي الحاكم الناس المميلين له ، ومن جهة ما يعطون
وجوه الخراج والمقاسمة ، وثانياً - للراوي أخذ العطاء من بيت المال الغالب
فيه اجتماع وجوهها فيه لندرة الزكوات ، فإن لها أرباباً مخصوصة يعطون
من دون احرارها فيه ، فاحتالها فيه ضعيف واضعف منه احتمال الوجوه
الموصى بها أو المنذورة للشيعة : فالمناقشة في الدلالة بما مر ضعيفة انتهى (٣) .

(١) الوسائل - المصدر الأنف - حديث تسلسل (٣) : وعنه ، عن ابن
أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة ، عن رجل قال : قلت لأبي عبد الله (ع) . . :
وذكره الشيخ في التهذيب : ج ٦ ص ٣٣٧ حديث تسلسل (٩٣٧ - ٥٨) طبع
النجف الأشرف :

(٢) وهي رواية أبي بكر الحضرمي - كما عن مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري -
قال : دخلت على أبي عبد الله (ع) وعنده ابنه اسماعيل - فقال : ما يمنع ابن
أبي سمالك ... وذكره الحر العاملي في (وسائله ، كتاب التجارة) باب ٥١ إن جوائز
الظالم وطعامه حلال . . : حديث رقم (٦) .

(٣) راجع : الجزء الأول منه : كتاب التجارة - في جواز الشراء من السلطان
الجائر في شرح قول المحقق (الثالثة يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة)

بل في (قاطعة اللجاج) للكركي - بعد ذكرها - : « هذا نص في الباب ، فإنه - عليه السلام بين للسائل حيث قال : إنه ترك أخذ العطاء للخوف على دينه - بأنه لا خوف عليه ، فإنه إنما يأخذ حقه حيث أنه يستحق من بيت المال نصيباً ، وقد تقرر في الأصول تعدّي الحكم بالعلة المنصوصة » انتهى (١) .

إلا أن المقدس الأردبيلي بالغ في الإنكار على المحقق المذكور في دلالتها وأظهر العجب منه حيث قال : « والعجب أنه قال في المفردة : هذا نص في الباب - إلى آخر عبارته المتقدمة - ثم قال : وأنا ما فهمت منها دلالة ما كيف وغاية دلالتها ما ذكره ، وذلك قد يكون من بيت مال يجوز أخذه وإعطاؤه للمستحقين ، مثل أن يكون مندوراً أو وصية لهم بأن يعطيه ابن أبي سماك أو غير ذلك ، ولا يقاس عليه الخراج الذي أخذه الظالم باسم الخراج ظلماً ، لأنه ما علم صيرورته خراجاً بحيث يجوز لكل أحد الأخذ منه باذنه لا بدولتها ، كما هو المدعى - نعم أو صار المأخوذ خراجاً يجوز للمولى إعطاء المستحق نصيبه الذي فيه ، إن علم العلة وجواز حصته من المال المشترك لبعض الشركاء ، كل ذلك غير ظاهر فيما نحن فيه » انتهى موضع الحاجة من كلامه :

قلت : الانصاف أن الرواية ظاهرة في المطلوب ، لا بمشابهة النص فيه - كما في الرسالة - ولا أجنبية عنه - كما ادعاه المقدس المزبور - والذي أوقعه في ذلك ، بل تكرر في كلامه : هو عدم تعيين المقبوض عنده باسم الزكاة والخراج زكاة وخراجاً حتى تترتب عليه صحة الشراء أو أخذ المستحق له من بيت المال لعدم قبض المولى له ، وهو الامام عليه السلام وإن فرق (١) راجع ذلك في المقالة السادسة منها في حل الخراج في حال حضور الامام

وغيبته .

ج ١ استعمرار في عرض الأخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الجائر ٣١١

- أخيراً بين الشراء وغيره ، نظراً الى تحقق العوض العائد الى بيت المال فيه ، بخلاف ما لم يكن له عرض كالحبة ونحوها ، فانه يصير كالنصيب . وأنت خبير بما فيه أولاً - لظهور الأخبار في تعيين ما يؤخذ باسمها زكاة وخراجاً ، سيما الصحيحة المتقدمة وأخبار تقبيل الأراضي : وثانياً - بازوم خروجه عن القاعدة - أيضاً - في تصحيحه الشراء بالأخبار الآمرة به ، والفرقة بينه وبين غيره بما ذكر أو من من بيت العنكبوت . إلا أن يقال بالافتصار على القدر المتيقن فيما يخالف القواعد :

لعم ، قد يدعى ظهور اختصاص الرواية بالزكاة ، لأن الزكاة من الحقوق التي تتعلق بها نصيب أغلب الناس من ذوي الحاجة ، وهي في بيت المال ، وإلا فالخراج لا يتعلق بها وهي كذلك إلا لنصيب من يكون الدفع إليه من المصالح العامة كالغزاة والقضاة وصاحب الديوان ونحو ذلك . ولم نعلم كون الراوي منهم ، بل الظاهر تجنبه عنهم للخوف على دينه . وحملها على خصوص المنذور ، أو الموصى به للشيعة كما احتمله المقدس - بعيداً جداً كدعوى ندرة الزكاة في بيت المال وعدم الاحتراز فيه - كما تقدم من (الرياض) تبعاً لصاحب (الحقائق) - . ويكون - حينئذ - لوم الامام عليه السلام لابن أبي سفيان : في عدم إخراج شباب الشيعة ، عدم إخراجهم بالعمالة في جمع الزكاة ليكون لهم منها سهم العاملين : اللهم إلا أن يكون تعلق النصيب في خراج الانفال وما هو للامام عليه السلام من الخمس الذي أباحوه لشيعتهم ، فيكون تعلقه باعتبار ذلك ، بل ويمكن صدق التعلق بخراج (العنوة) باعتبار اعتبار دفع العطايا والجوائز للناس منها بعلاقة الأول والثقة القريبة .

ومنها - الأخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الأراضي والرفوس التي : منها : ما عن الصدوق في (الفقيه) : في الصحيح عن اسماعيل

ابن الفضل عن أبي عبد الله (ع) قال : سألت عن الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والآجام والمصائد والسمك والطير وهو لا يدري لعل هذا لا يكون أبداً ، أو يكون ، أنشتره وفي أي زمان نشتره وتقبل منه ؟ فقال : اذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به . وظاهرها كون أصل الجواز مفروغاً عنه وإنما وقع السؤال عن غيره .

ومنها - موثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله (ع) :
« في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الجبال وبخراج النخل والآجام والطير ، وهو لا يدري لعله لا يكون . » (١) الخبر المتقدم بأدنى تفاوت . وهي كالأولى في كون السؤال من حيث انه لا يدري أنه يكون من ذلك شيء أم لا .
ومنها - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) - في جملة حديث -
« قال : لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان وعن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ؟ قال : نعم لا بأس به ، وقد قبل رسول الله (ص) خيبراً أعطاها اليهود حين فتحت عليه ... » الخبر (٢).
ومنها - رواية الفبيض بن المختار : « قال : قلت لأبي عبد الله (ع) جعلت فداك ما تقول في الأرض أنتقلها من السلطان ثم أو أجزها من أكرتي على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان ؟ قال : لا بأس ، كذلك أعامل أكرتي » (٣) .

(١) ذكره ابن الخبيري : الشيخ الأنصاري في (مكاسبه) وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة) .

(٢) ذكرها الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة ، حديث رقم (٨٨) ج ٧ طبع النجف .

(٣) ذكرها الكليني في (الكافي) ، كتاب المعيشة ، باب قبالة أراضي أهل الذمة ... حديث رقم (٢) بسنده هكذا : حميد بن زياد عن الحسن بن محمد عن =

ج ١ استمر في ذكر الأخبار الواردة في جواز تقبل الخراج، وبراءة ذمة المتقبل ٢١٣

إلى غير ذلك من الأخبار الصريحة في صحة التقبل الموجبة لانتقال الخراج إلى المتقبل ودخوله في ملكه مطلقاً ولو كان الخراج ثابته في الذمة المشعرة بكون حكم تصرف الجائر في هذه الأراضي بحكم تصرف الإمام العادل فيها ، ولو بامضاء ذلك منه (ع) لمصلحة هو أعرف بها .

ومنها - ما روى في الصحيح عن جميل بن صالح ، قال : « أرادوا بيع تمر عين أبي زياد ، وأردت أن أشتريه ، فقلت : لا ، حتى استأمر أبا عبد الله (ع) ، فسألت معاذاً أن يستأمره ، فقال : قل له : يشتره ، فإنه إن لم يشتره ، اشتراه غيره » (١) :

واستدل به المحقق للكركي في (رسائله) على حلية الخراج والمفاسمة تبعاً لما حكاه عن العلامة - رحمه الله - في (المنتهى) في ذلك (٢) :

وهو مبني على كون عين أبي زياد من الأراضي الخراجية ، كما لعله يعطيه ما حكى عن (الوافي) بعد ذكر الخبر في باب المناجر : أبو زياد كان من عمال السلطان إلا أنه من المحتمل - قريباً - كون الضيعة المزبورة

= أحمد بن الحسن الميثمي ، قال : حدثني أبو نعيم المسمعي عن الفيض بن المختار ، وكذلك ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة حديث تسلسل (٨٨١) . والأكرة - بالفتح كعملة - جمع أكار - بالفتح والنشيد : الزراع .

(١) وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، ٥٣ ، باب جواز الشراء من غلات الظالم : . . حديث رقم (١) إلا أن فيه بدل (حتى استأمر) : (حتى استأذن) . ومثله في (تهذيب الشيخ - في الماكاسب) ج ٦ ص ٣٧٥ حديث رقم (١٠٩٢ - ٢١٣) طبع النجف الأشرف :

(٢) راجع ذلك في المقالة السادسة من (رسائله) في حل الخراج ، أثناء عرض الأخبار في الباب ، يقول بعد ذكره للحديث - « قلت : قد احتج بهذا الحديث لحل ذلك العلامة في (المنتهى) وصححه » .

كانت لأبي عبد الله وغصبت منه ، كما يشعر به ما رواه ثقة الاسلام في (الكافي - في باب نادر آخر ابواب الزكاة) : « عن يونس - أو غيره - عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : بلغني انك تفعل في غلة عين زياد شيئاً ، فأنا أحب ان اسمعه منك ، قال : فقال : نعم ، كنت آمر اذا أدركت الثمرة أن يثلم في خبطاتها الثلم ليدخل الناس ويأكلون ، فكنت آمر في كل يوم أن توضع عشر بنيات يقعد على كل بنية عشرة كلما أكل عشرة جاء عشرة يلتقى لكل نفس منهم مد من رطب ، وكنت آمر ، لجيران الضبعة كلهم : الشيخ والعجوز والمريض والصبي والمرأة ومن لا يقدر يجي ، فيؤخذ لكل السان مد فاذا كان الجذاذ فوقبت القوام والوكلاء والرجال أجرتهم ، واحمل الباقي الى المدينة ، ففرقت في أهل البيوتات والمستحقين الراحلين والثلاثة والاقول والاكثر - على قدر امتهانهم - وحصل لي بعد ذلك أربعائة دينار ، وكان غلتها أربعة آلاف دينار . »

ولا ينافي فيه بإضافة الضبعة الى أبي زياد - في الاول - والى زياد - في الثاني - فان مثل هذا التجوز - كبير - كما قيل - فيكون استنعاره منه - عليه السلام - لكونها له . ولعله لذلك لا يخلو الاستدلال به على المطلوب من وهن .

ومنها - صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج : « قال قال لي : ابو الحسن عليه السلام : مالك لا تدخل مع علي في شراء الطعام ، لاني اظنك ضيقاً قلت : نعم ، وإن شئت وصمت علي ، قال : اشتره » (١) بناء على قوة احتمال كون الطعام المشتري من الحقوق المضروبة على الاراضي والزراعة واحتمال كون اللام فيه للعهد والمعهود من غيرها لعله ضعيف .

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، ٥٢ باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلات ... حديث تسلسل (٢٢٣٧٠ - ١)

وكذا استدل به في (التذكرة) على جواز تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة . وتبعه عليه في ذلك الكركي في (رسالته) (١) . إلى غير ذلك من الاخبار التي يشرف الفقيه بملاحظتها وانضمام بعضها إلى بعض - على القطع بالمسألة .

مضافاً إلى الاجماع المحكية التي : منها - ما حكاه جدلا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « ما يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمة ومن الاموال باسم الخراج في أراضي الصلح ، والاراضي المفتوحة عنوة وباسم الزكاة مما فيه الزكاة ، في حكم ماله يجوز ابتياعه منه وانهايه ، وكذا سائر المعاوضات وان لم يرض المالك ، باجماع علمائنا ورواية أصحابنا » (٢) . وما وقع حكايته مكرراً من الكركي - رحمه الله - في (رسالته) ومن السيد جدنا في (الرياض) مستفيضاً حيث قال - بعد ذكر فتواه في ذلك - : « والاصل في المسألة - بعد عدم الخلاف في الطائفة والاجماع المستفيض حكايته في كلام - جماعة - : المعبرة المستفيضة » انتهى (٣) . بل في (المسالك) دعوى لإطباق العلماء حيث قال : « : : . إلا أن ما يأخذه الجائر في زمن الغيبة قد أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله منه

(١) راجع نفس المصدر الآنف من (الرسالة) فإنه بعد استدلاله بالرواية المذكورة يقول : « وقد احتج بها العلامة في (التذكرة) على تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة » .

(٢) المصابيح للسيد بحر العلوم - قدس سره - من الموسوعات الفقهية الاستدلالية ولا يزال الكتاب خطياً . راجع هذه العبارة في أوائل كتاب التجارة منه بعنوان (مصباح : ما يأخذه الجائر ...) .

(٣) راجع الجزء الأول من (الرياض ، كتاب التجارة المكاسب المحرمة منها) في شرح قول المحقق (الثالثة - يجوز أن يشترى من السلطان ...) .

وأطبق عليه علماؤنا لا تعلم فيه مخالفاً وإن كان ظالماً في أخذه (١) انتهى .
وفي (الجواهر) : « لا خلاف معتداً به في جواز شرائه منه وقبول
هيبته ونحو ذلك مما يقع على المملوك حقيقة » ثم حكى الاجماع عن غير
واحد (٢) . وأمل التقييد في نفي الخلاف إشارة الى مخالفة الاردبيلي
- رحمه الله - تبعاً للشيخ إبراهيم القطبي .

وفي (الحقائق) : « المسألة الثانية : انه لا خلاف بين الاصحاب
- رضي الله عنهم - في أن ما يأخذه الجائر باسم المقاسمة والخراج من
الأراضي والغلات وما يأخذه باسم الزكاة من الانعام والغلات ونحو ذلك
يجوز شراؤه وقبول انهاءه . بل ظاهر كلام جملة من الاصحاب دعوى
الاجماع على ذلك ، ولم أقف على مخالف في الحكم المذكور إلا المحقق
الاردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) وقبله الفاضل الشيخ ابراهيم
ابن سليمان القطبي أصلاً ، الحلي مسكناً » انتهى (٣) .

بل يظهر لمن تتبع فتاوى الاصحاب المحررة في كتبهم والمحكية عنهم

(١) راجع - من مسائل الشهيد الأول في شرح الشرائع - : أوائل كتاب
التجارة في شرح قول المحقق (السائمة ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات ..) :
(٢) راجع ذلك - في أوائل كتاب المناجر - في شرح قول المحقق (ما يأخذه
السلطان الجائر ..) وبعده هذه العبارة بقول « وعن جامع المقاصد : إن عليه أي
شرائه منه - إجماع فقهاء الامامية والأخبار المتواترة . وفي (مصابيح العلامة
الطباطبائي) : إن عليه اجماع علمائنا وروايات أصحابنا . وفي (قاطعة اللجاج) :
الاجماع مكرراً على ذلك ، وفي (المسالك) : أذن أئمتنا في تناوله وأطبق عليه
علماؤنا ولا نعلم فيه مخالفاً . وفي محكي التنقيح وتعليق الارشاد : الاجماع عليه .. »
(٣) راجع منه : كتاب المناجر والمكاسب ، المقدمة الراجعة في تحقيق مسائل
تدخل في حيز هذا المقام ... المسألة الثانية - الظاهر أن لا خلاف ..

ج ١ الاستدلال بقوى روايات التقبل على براءة ذمة المتقبل من أداء الزكاة ثانية ٣١٧

بالحل وجواز تناول من الجائر لأنه من البدهييات عندهم حيث أرسلوه
لرسال المسلمين من دون ذكر خلاف في المسألة مع أن ديدتهم التعرض
للأقوال النادرة في المسائل الخلافية وإلى قضاء ضرورة التعيش وميسر الحاجة
إليه بحيث كاد أن يكون التكليف بالمتجنب عنه من التكليف بما لا يطاق ، ولا
أقل من استلزامه العسر والخرج المنفيين آية ورواية ، وحرمان الشيعة من حقوقهم
المتعلقة بتلك الأموال المجموعة في أيديهم وتحت سلطنتهم مع عدم الوسيلة
لهم للوصول إليها إلا بهم ، ومقتضاه - كما هو مقتضى إطلاق النصوص
والفتاوى بل إطلاق معقد الاجماع المحكية - عدا الاول منها - : عدم
الفرق في الخراج المأخوذ من أرض الألقال المختصة بالامام عليه السلام
وغيرها مما هو للمسلمين كأرض الصلح والمفتوحة عنوة ، مع احتمال
الاختصاص بالثاني ، اقتصاراً على المتيقن من إضاء تصرفات الجائر
وعمله ، والمقصوب من الامام عليه السلام كالمغصوب من آحاد المسلمين
أو التفصيل في المأخوذ منه ذلك بين الشيعة وغيرهم لكون الأرض - في
الاول - مفروضة بلا أجره عليه بحكم الاباحة منهم لشيعتهم ، بخلاف
الثاني ، فإنه يجوز لنا أخذه ، اما لكونه أجره الأرض المفروض كونه
للإمام عليه السلام - أو تقاضاً عن الأجرة الثابتة في ذمته :

ثم إن مقتضى الصحیحة المتقدمة وغيرها (١) الظاهرة بل الصريحة
في تعيين ما يقبضه الجائر من المالك باسم الزكاة من الأنعام والغلات
زكاة - ولذا أجاز شراؤه منه وإلا كان غصباً باقياً على ملك مالكة
الموجب لعدم جواز شراؤه قطعاً - سقوطها عن المالك وبرائة ذمته عن
أدائها مرة أخرى - كما هو أحد القولين أو الأقوال في المسألة - : بل
أخذ الجائر ذلك منه المتوقف على قسمته منه بحكم الغزل المعين كون

(١) راجع : ص ٣١٢ من هذا الكتاب إشارة الى صحیحة الحلبي

المعزول زكاة ، بل هو منه حقيقة فاذا أخذه الجائر أخذ ما هو زكاة ،
وان كان ظالماً في أخذه لكونه غير مستحق له ولا نائياً عن المستحق
كالخراج الظالم في أخذه لذلك مع تعيين كونه خراجاً بحكم الشارع
وبرائة ذمة المالك عن دفعه ثانياً بالاتفاق .

• مضافاً إلى ما دل على سقوطها - حينئذ - من المعتبرة المستفيضة التي منها :
صحبة يعقوب ، قال : (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
العشور التي تؤخذ من الرجل ، أيجتسبه بها من زكاته؟ قال : نعم ان شاء) :
وصحبة سليمان : « سمعت الصادق (ع) يقول : إن أصحاب
أبي أنوه ، فسألوه عما يأخذه السلطان فرق لهم ، وإنه ليعلم أن الزكاة لا
تحل الا لأهلها ، فأمرهم أن يجتسبوا به ، فجاز ذلك والله لهم ، يا أبا
ان سمعوا ذلك لم يذك أحد ، فقال : يا بني حتى أراد الله أن يظهره ، (١)
وصحبة العيص عن أبي عبد الله (ع) في الزكاة ، قال : « ما
أخذه منكم بنو أمية فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم ، فإن
المال لا ينبغي أن يزكى مرتين » (٢) :

(١) راجع : الاستبصار للشيخ الطوسي ، كتاب الزكاة ، ١١ - باب ان
الزكاة إنما تجب بعد اخراج مؤنة السلطان حديث رقم (٦) ج ٢ طبع النجف
الاشرف ، - باختلاف بسيط في بعض كلماته - وسند الحديث فيه هكذا : سعد بن
عبد الله عن أبي جعفر عن الحسين بن سعيد عن محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمن
ابن الحجاج عن سليمان بن خالد :

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٧) بسنده عن سعد بن عبد الله عن أحمد
ابن محمد عن عبد الرحمن بن أبي نجران وعلي بن الحسن الطويل عن صفوان بن يحيى
عن عيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) . وفي آخره : (وإن المال لا يتيق على
أن يزكى مرتين) :

مؤيداً بالأخبار الدالة على سقوط الزكاة بعد دفع الخراج إليه التي :
منها ما رواه رفاعه : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل له
الضيعة : فيؤدي خراجها ، هل عليه فيها العشر قال : لا ، (١)
ونحوه صحيحته الأخرى ، وخبر أبي كهمش عنه (ع) : « من أخذ
منه السلطان الخراج فلا زكاة عليه » . (٢)

وخبر أبي قتادة عن سهل بن اليسع حيث أنشأ سهل يسأل أبا الحسن
- عليه السلام - عما يخرج منها : ما عليه إذا كان السلطان يأخذ خراجها ؟ :
« فليس عليك شيء وإن لم يأخذ السلطان منها شيئاً ف عليك إخراج عشر
ما يكون فيها » (٣) بعد حملها - كما في الحدائق عن بعض - على إرادة
الزكاة من الخراج ، فتكون - حيفتد - من روايات الباب : وإن كان
الأولى حملها على النية ، لتكون ذلك مذهباً لأبي حنيفة - على ما حكى
عنه - وعليه فتعتبر النية عند الدفع إليه ، كما تعتبر في سائر الزكوات :

والقول الآخر : عدم سقوط الزكاة عنه بدفعها إليه - كما قواه
شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله - في (المسالك) معللاً بأن الجائر ليس
لائب المستحقين ، فتعذر النية ، فلا يصح الإخراج بدونها ووجوب دفعه
إليه أعم من كونه على وجه الزكاة أو المعنى معهم في أحكامهم والتحرز

(١) المصدر نفسه ، حديث رقم (٢) بسنده : عن الحسين بن سعيد عن محمد

بن أبي عمير عن رفاعه بن موسى . . .

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٣) بسنده : عن سعد عن أبي جعفر عن

الحسين بن علي بن فضال عن أبي كهمش عن أبي عبد الله (ع) . . .

(٣) راجع : الوسائل ، كتاب الزكاة ، ١٠ باب حكم حصّة السلطان والخراج

حديث رقم (١) بسنده عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد

عن عبد الله بن مالك عن أبي قتادة .

عن الضرر بمبايقتهم (١)

وبما ذكرنا يظهر لك ضعف هذا القول ومسنده :

نعم ، يدل عليه صحيحة الشحام ، وهي : « قلت للصادق (ع) جعلت فداك ، إن هؤلاء المصدقين يأتوننا فيأخذون منا الصدقة ، فنعطيهم إياها : تجزى عنا ؟ قال : إنما هؤلاء قوم غصبوكم - أو قال ظلموكم - أموالكم وإنما الصدقة لأهلها » (٢)

إلا أن المحكي عن الشيخ - رحمه الله - حملها على استحباب الإعادة وفي (الحقائق) : حملها على ما إذا تمكن من عدم الإعطاء بانكاره ونحوه ولم يفعل : بل لو سلمها اليهم بمجرد الطلب وهو حسن : ولعله يشهد له صحيحة لبعض المتقدمين (٣) ، لولا ظهورها (٤) في المقهورة على الدفع وعدم إمكان المدافعة ، ولو بمعونة ظهور قوله في الجواب (إنما هؤلاء قوم غصبوكم أو ظلموكم) الموهن للحمل المذكور .

اللهم إلا أن يريد بالغصب أو الظلم من حيث المصروف والمدفوع له ، لا من حيث الأخذ من المالك لكونها من حقوق المدفوعة إلى غيركم ، وحينئذ يتجه الحمل المذكور .

ولعل الأقوى ، القول بالتفصيل في السقوط وعدمه بين الدفع إليه

(١) راجع ذلك - في كتاب التجارة منه - في المكاسب المحرمة ، مسائل

في شرح قول المحقق : السابعة - ما يأخذه السلطان من الدلات باسم المفاسدة . : قال : وهل تبرء ذمة المالك من الخراج الزكاة مرة أخرى : يحتمله . :

(٢) ذكرها صاحب الجواهر وغيره ممن شرح الشرائع - في كتاب المتاجر ،

في شرح قول المحقق . السابعة ما يأخذه السلطان ، :

(٣) راجع - ص ٣١٨ من هذا الكتاب :

(٤) أي : صحيحة الشحام :

ج ١ القول بالتفصيل في سقوط الزكاة وعدمه بين امكان دفع الجائر وعدم امكانه ٣٢١

مع امكان منعه وجحدده ، ولو بالانكار عليه ، قال ثاني وان تعين المقبوض زكاة بالقسمة والعزل اثبوتته بالتفريط في الذمة ، مثلاً ، ان كان مثلياً ، أو قبضة ان كان قبيحاً ، ومع عدم امكانه فالأول لعدم التفريط فيه بالعرض ، وبه يجمع بين الأخبار . ويشهد له الصحيحة المتقدمة (١) . ولا كذلك الحكم في الخراج ، بل تبرء الذمة منه بالدفع الى الجائر مطلقاً وإن تمكن من جحدده لوجود تقبل الأراضي منه ولو بالتخيير بينه وبين الحاكم . كما هو مدلول الأخبار ، ومعاقبة الاجاعات - حسبما تقدم ، ولم يوجد مثله في دفع الزكاة إلى الجائر ، فظهر الفرق بما ذكرنا بين الزكاة والخراج بعد دفعهما اليه في السقوط مطلقاً في الثاني ، والتفصيل فيه في الأول :

ودعوى عدم تعيين الزكاة بالعزل الذي يلزم من تحققه التلف ، وإن كانت ولاية العزل والقسمة للمالك إرفاقاً به لكن ما لم يكن كذلك ، وإجبار الشخص على إعطاء الزكاة لا يوجب احتساب المدفوع من حق الفقراء ، لأن المشاع لا يتميز بغير رضا الشركاء ، غاية الأمر أنه يجب على المكره أن يدفع الى المكره ما يكفيه شره ، وأما احتسابه من حق الفقراء فلا ، ومن هنا يعلم أن الاكراه على تعيين قسمة أحد الشريكين لا ينفع في التعيين :

فيها : إن ذلك اجتهاد في مقابل النص . نعم هو مقتضى القواعد الأولية التي يجب الخروج عنها بظواهر النصوص المتقدمة (٢) . هذا كله في حكم الاخذ من الجائر بما يأخذه باسم الزكاة والخراج :

(١) يشير إلى صحيحة العيص المتقدمة ص ٣١٨ :

(٢) راجع : ص ٣١٨ - ٣٢٠ من هذا الكتاب :

واما حكم جوائزه بما لا يعلم كونه منها ، بل جوائز الظالم مطلقاً ، فلا يخلو : إما أن يعلم بكونه حراماً بعينه ، أو يعلم بكونه حلالاً كذلك ، أو لا يعلم شيئاً منها بل هو مشتبّه الحال :

أما الاول - فلا اشكال في حرمة اخذه وتناوله إلا مع قصد إرجاعه إلى مالكه مع التمكن منه والتصدق عنه مع عدمه ، فيجوز ذلك - حينئذ - بل يستحب ويكون أمانة في يده لا بضمونها إلا مع التعدي أو التفريط ، ومع عدم قصد ذلك يضممه لو تلف ولو بغير تفريط مطلقاً ، ولو علم بها بعد القبض ، لأن يده - حينئذ - عادية والقبض لمصلحته :

أما لو تلف في يده مع سبق القبض على العلم بالحرمة مع القصد المذكور عنده ، ففي ضمانه لعدم « على اليد » وعدم منافاة جواز التصرف للضمان ، وعدمه بل جواز التصرف مع قصد الإحسان على المالك بالفرض : قولان ، أقربها الاول .

وبالجملة ، فصور المسألة في الضمان وعدمه أربع ، لان المجاز بذلك : إما أن يقصد الإرجاع إلى المالك ، أو لا . وعلى التقديرين : إما أن يعلم بالحرمة قبل القبض ، أو بعده :

لا إشكال في الضمان مع عدم القصد - مطلقاً - ولو كان العلم بها بعد القبض لكونه غاصباً - حينئذ - كما لا يلغي الاشكال في عدمه معه لو سبق العلم بها عليه ، لأنه أمين محسن فلا سبيل عليه . وكون القبض - حينئذ - حسباً مأموراً به من الشارع رهاية لمصلحة المالك وعدم ضرره ، فكيف يكون ذلك بتضرر القابض حسبة ، وهل هو إلا من دفع الضرر بالضرر المساوي له في درجة الملاحظة .

وفي ضمانه معه - لو قبض ثم علم بها - قولان : اختار ثانيهما في (المسالك) حيث قال : « والأقوى التفصيل وهو أنه ان كان قد قبضها

ج ١ صور مسألة جوائز السلطان لم يعلم أنه من مال الخراج والزر كافة، وبيان احكامها ٣٢٣

من الظالم عالماً بكونها مغصوبة ضمن واستمر الضمان. وإن أخذت منه قهراً وإن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها مغصوبة ولم يقصر في إيصالتها إلى مالكها ولا في حفظها ، لم يضمن ، والفرق بين الحائتين واضح فإن يده في الأول عادية فيستصحب حكم الضمان كما لو تلف بغير تفريط ، وفي الثاني يد أمانة فيستصحب كما لو تلف بغير تفريط « (١) وتبعه على ذلك جدنا العلامة - رحمه الله - في (المصابيح) حيث قال : « ولو علم بالتحريم لم يجوز الأخذ إلا بقصد الإعادة على المالك فيجوز - حينئذ - بل يستحب ، ولا يضمن على تقدير التلف لجواز التصرف كما لو قبضها ثم علم بالتحريم » انتهى (٢)

وظاهرهما - بل صريح الأول - عدم الضمان رأساً : وظاهر السيد جدنا - رحمه الله - في (الرياض) التوقف في المسألة لاقتصاره فيها على نقل القولين من دون اختيار لأحدهما (٣)

والأقوى هو الأول ، لما عرفت من عموم « على اليد » مع منع كونها عند القبض والاستيلاء عليه أمانة. كيف ولم يقبضها إلا لمصلحة نفسه وأقدم في الأخذ على كونها له .

ويؤيده - بل يدل عليه - : إطلاق كلامهم بالضمان في مسألة تعاقب الأيدي من غير تفصيل بين العلم والغصب والجهل به ، مستمراً كان

(١) راجع : كتاب التجارة منه ضمن مسائل : السادسة - جوائز الجائر ، في شرح قول المحقق : ولا يجوز إعادتها ...

(٢) راجع منه : كتاب المتاجر ، مصباح (يجوز أخذ الجوائز من الظالمين والتصرف فيها :) :

(٣) راجع ذلك في كتاب التجارة في شرح قول المحقق : السادسة : جوائز للسلطان ...

الجهل به أو لا - ورجوع المالك على من شاء منهم :

نعم ربما يحتمل القول بسقوطه عند العلم به مع قصد إرجاعه إلى المالك لكون القبض - حينئذ - مأذوناً فيه من الشارع ويكون بالقصد المزبور عسناً على المالك ، فيقبل عنوان اليد من الضمان إلى الأمانة الشرعية التي هي من مسقطات الضمان ، بل هو أقوى من القول بعدم الضمان - أصلاً - :

ولكنه مع ذلك ، فيه - أيضاً - : منع تبدلها إلى الأمانة بمجرد العلم ، مع قصد المزبور وإن كان مأذوناً فيه . أما بناء على أن القبض المستدام قبض واحد ، بناء على بقاء الاكوان وعدم احتياج الباقي إلى المؤثر ، فواضح ، لأنه قبض مضحون عليه بالفرض ، فيستصحب ضمانه ، وأما بناء على عدم بقاء الاكوان وأنه قبوضات متعددة متجددة ، ففيه - أيضاً - إن القبض المأذون فيه المتجدد عند العلم - لو سلم - فغايبته أنه لا يوجب ضماناً ولا ينافي ثبوته بالقبض الأول :

والذي يجدي في المقام : كونه مسقطاً للضمان ، لا مجرد عدم كونه موجباً له ، إلا يدعى الملازمة المنعومة بين عدم سببته للضمان وبين سببته لعدمه ، وليس كل مأذون فيه أمانة شرعية ، فإن الاذن لازم أعم للأمانة ، لا مساوياً لها .

هذا ، وهل يتقدر الفحص المتوقف عليه الإيصال الواجب إلى سنة تنزيلاً له منزلة اللقطة ، لحبر حفص بن غياث : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو مقاعاً - واللص مسلم - : هل يردّه عليه ؟ فقال : لا يردّه عليه فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل ، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة . يصيبها ، فيعرفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بهاء فإن جاء صاحبها

ج ١ لا يجوز تناول مال الجائر لو علم أنه حرام ويجب ضمانه إلى مالكه الحقيقي ٣٢٥

بعد ذلك خبره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر ، وإن اختار الغرم فله الغرم ، (١) مع التعدي عن مورده من اللص إلى غيره ، ومن الوديعة إلى غيرها .

أو إلى حد اليأس لكونه الأصل فيه ، بعد الاقتصار في الخبر على مورده ؟ وجهان .

ولو توقف الفحص على الأجرة ، ففي وجوبها عليه - مطلقاً - ويرجع بها مع الجهل على من غره ، أو ما لم يكن أميناً بأن كانت يده بضمان مطلقاً ، ومع الغرور يرجع به إلى الغار ، أو في خصوص ما لو كانت يده عدواناً إثمياً ؟ فيه احتمالات . فإن عرف المالك بعينه ولو بعد الفحص عنه دفعه إليه مع بقاء العين ، ومع التلف دفع بدله المثل أو القيمة لو كانت مضمونة عليه ، وإلا فإن كان مشتبهاً بين محصورين تخلص عنه بالصلح معهم ، فإن امتنعوا عنه توصل الدفع إلى الحاكم ليجبرهم عليه ، ويحتمل التعيين بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشكل . وإن كان في غير المحصورين ، أو كان مجهولاً بالكلية ، تخير بين الدفع إلى الحاكم - مطلقاً - لأنه وليه فيكون يده يد المالك المولى عليه ، وبين التصديق عنه بنفسه كذلك ، ولورود الأخبار المستفيضة بالتصدق عنه - حينئذ - فيستفاد منها ثبوت ولاية التصديق للمصدق أيضاً ، كما أن ولاية تعيين الزكاة وعزلها للمالك ، ويحتمل التفصيل بين العين المنصدق بها وبين الدين الثابت في الذمة ،

(١) من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق - أبواب القضاء والأحكام ، ٩١ باب ما يكون حكمه حكم اللفظة حديث تامل (٨٥٦ - ١) ج ٣ طبع النجف الأشرف بسنده : روى سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث ، وفي آخر الحديث : وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له .

لأنه كلي لا يتشخص إلا بقبض الدبان أو وكياه ، فتعين فيه بالخصوص دفعه الى الحاكم ، ويقبضه يتعين كونه للمالك فيتصدق بماله عنه .
 اللهم إلا أن يستفاد من إطلاق أخبار الصدقة ثبوت ولاية تشخص العين للمديون هنا - أيضاً - ولا ريب أن الأحوط دفعه الى الحاكم مطلقاً لما يظهر من بعض الروايات : أن مجهول المالك مال الامام ، كرواية داود بن أبي زيد : « إني أصبت مالاً ، واني قد خفت منه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت عنه ، فقال أبو عبد الله (ع) : لو أصبت كنت تدفعه اليه ؟ فقال : إي والله ، فقال : والله ماله صاحب غيري ، قال فاستلحفه أن يدفعه الى من يأمره ، فحلف ، قال : فاذهب وقسمه بين إخوانك ولك الأمن مما خفته ، قال : فقسمه بين اخوانه » (١)

ولا يجب عليه الحفظ والوصية به ، والاحتياط بحفظه للمالك لعله خلاف الاحتياط لأدائه - غالباً - الى حرمانه عن العين والبذل ، بناء على عدم عموم المنزلة في خبر حفص بن غياث المتقدم ، وأن التنزيل منزلة اللقطة في حد الفحص الى سنة والتصدق بعده ، مؤيداً بخوار أخبار حكم مجهول المالك بالصدقة عن حفظه للمالك ، كما ورد الأمر به ، ولو تخيراً في اللقطة .

فما عن الحلبي : من إبقائها أمانة في يده والوصية بها مع كونهما معرضاً للتلف ، ضعيف لما عرفت .

وكيف كان ، فلو ظهر المالك بعد التصديق فله الخيار بين إمضاء

(١) من لا يحضره الفقيه للصدوق - رحمه الله - في أبواب القضايا والأحكام ٩٠ باب اللقطة والضالة ، حديث نسل (٨٥٤) - ١٧ - ج ٣ طبع النجف الاشرف . وفي بعض النسخ (بين اصحابه) بدل (بين اخوانه) .

ج ١ حكم المجهول المالك التصديق عن مالكة الحقيقي ، ويجب على الحاكم اخذ المظالم من الظالم ٣٢٧

الصدقة وقبول الأجر والثواب ، وبين ردها وغرامة المتصدق المثل أو القيمة . وليس له الرجوع على المتصدق عليه ولو مع بقاء العين في يده ، لاصالة لزوم الصدقة وثبوت الضمان على المتصدق بعد التصديق مطلقاً ، ولو كانت يده أمالة ، للاخبار المستفيضة المصرحة بذلك ، وقاعدة الائلاف مع إمكان المناقشة فيها بالخصوص في المقام ، لكونه من الائلاف له لا الائلاف عليه : ولذا يمكن أن يقال : لولا الاخبار كان مقتضى القاعدة عدم الضمان بعد الأمر به ، بناء على أن التصديق به نوع لإرسال إلى المالك ، ونحو من الطرق الموصلة إليه : ولو مات المالك ، ففي قيام وارثه في الخيار مقامه وعدمه احتمالان ، لكلي منهما وجه :

ولو مات المتصدق (يعني من عليه التصديق) قبل التصديق به ، فإن كانت العين باقية وظهر المالك أخذها وإن كانت تالفة مضمونة عليه ولم يتصدق بها حتى مات ، رجع به على تركته مطلقاً ، ولو بعد القسمة ، وفي ضمانه بعد الصدقة وإجراء حكم ديوئه عليه لو أراد المالك بدله المالي : وجهان ، والأقوى العدم ، بل تعين عليه قبول الأجر والثواب ، سيما بناء على ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بمطالبة ، لا عند التصديق به ، كما عليه غير واحد من الأصحاب . وتفصيل الكلام موكول إلى محله في باب اللقطة .

وما ذكرنا بظهر حكم الظالم نفسه فيما عليه من المظالم المجهولة المالك فانه يجبره الحاكم في أخذ المظالم منه في حال حياته ويتصدق بها عن أربابها وتخرج من أصل تركته بعد موته كالدين مقدماً على موارثته ووصاياه ، خلافاً لشيخنا الأكبر كاشف الغطاء في شرحه على (القواعد) حيث قال ما لفظه : « عازماً على الضمان أي بعد الصدقة : ثم الأداء لو ظهر فاختار انه يرد إليه ثواب الصدقة ويأخذ ماله ولا يحسب من ديوئه . إلى

أن قال - : وتؤخذ من الظالم قهراً مع الإمكان ، إن بقيت في يده ، وعرضها مع التلف ، ويقاص بها من أمواله ما لم يجبر على الأخذ - على الأقوى - مع حياته ، ولو كانت ودائع على نحر ما سيجيء في كتاب الغصب ، إلا أن ما في يده من المظالم ثم تلف لا يلحقه حكم الديون في التفريق على الوصايا والموارث ، لعدم انصراف الدين إليه وإن كان منه ، وبقاء عموم الرصية والموارث على حاله ، والسيرة المأخوذة بدأً بيد من مبدأ الاسلام الى يومنا هذا ، فعلى هذا لو أوصى به بعد التلف خرجت من الثالث ، انتهى :

وتبعه على ذلك ولده في (أنوار الفقاهة) حيث قال : « وضمان المنتدق للصدقة لو ظهر أهلها لا يجري فيه حكم الدين في حياته ، ولا يجب أن يوصى به ويعزل عند وفاته ، نعم لو ظهر أهلها بعد موته وقبل تلف التركة قوي جواز الرجوع إلى التركة والأخذ منها ، وأما بعد التلف فلا يبعد سقوط حق الرجوع بها ، وأما الظالم نفسه فيرجع عليه بما أخذه عبثاً مع وجود أهله ، ولو أنلفه رجعوا عليه بمثله أو قيمته حياً أو ميتاً ، ويكون عليه كسائر الديون ، وإن كان مجهولاً رجع الحاكم عليه في حياته ، وأما بعد موته فالأظهر أنه لا يؤخذ من تركته ولا يحسب كديونه الخاصة بحيث تقسم على وصاياه وموارثه ، بل لو أوصى بها خرجت من الثالث ، انتهى ،

قلت : دعوى الانصراف غير مسلحة ، ولو سلمت فمن الانصرافات البدوية التي لا يعول عليها ، والسيرة الكاشفة ممنوعة ، والمنبئة عن عدم المبالاة غير مجدية .

فظهر بما ذكرناه حكم صور المسألة ، وإن الأقوى في إجراء حكم الدين عليه ، وعلمه التفصيل بين ما قبل الصدقة وبعدها . وفي الثانية :

ج ١ حكم القسم الثاني والثالث من أموال السلطان المعروف كونه حلالاً والمشتبه حليته وحرمة ٣٢٩

بين ظهور المالك في حياة المنصدق وبعد موته ، وأنه دين تجري فيه أحكام ديونه قبل التصديق - مطلقاً - ظهر المالك أم لم يظهر ، في حياته أو بعد موته - ولا كذلك بعد الصدقة إلا فيما لو ظهر المالك في حال حياته ، فله الرد والرجوع بالبذل المالي ، للاختبار مع الاقتصار فيها على ظاهرها من الرجوع عليه في حياته وأنه القدر المتيقن من ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بعد مطالبة .

ثم إن مصرف هذه الصدقة - كغيرها من الصدقات - هو فقراء المؤمنين حتى لو كان المالك المجهول من غير أهل الحق من محرمي المال ، لأنه المتبادر منها ولاطلاق الأمر بها ، وإن لم يفتضح بثوابه الأخروي ، لا يمكن تعويضه ببذله الدلوي أو التخفيف عن عذابه في الجحيم ، كما هو المأمول من لطفه العميم :

وفي جواز التصديق بها على الهاشمي ، بناء على تحريم مطلق الصدقة الواجبة عليه لا خصوص الزكاة منها ، وعدمه : وجهان ، بل قولان :

ولعل الأقرب هو الأول ، لأنها من المندوبة على المالك ، وإن وجب على من بيده المال دفعه صدقة ، فهو مما يجب دفعه صدقة ، لا من الصدقات الواجبة ، والفرق بينهما واضح .

وأما الثاني - وهو ما لو كان المأخوذ مما علم كونه حلالاً بعينه ، فلا اشكال في حكمه من جواز التصرف فيه ، وإن كان يندب التنزه عنه لأنه موجب لمحبتهم ، فإن النفوس مجبولة على حب من أحسن إليها . ولما ورد في الصحيح : « إن أحدكم لا يصيب من دنياه شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله » . ولولا ما قبل من عدم القول بالكراهة لقلنا بها فيه ، وإن كان لا ملازمة بينها وبين ترك المندوب ، بل لاشعار الصحيحة بها

مع التسامح في أدائها وجبلية النفوس، المقدمة :

وأما الثالث - وهو المشتبه بين كوله من الحلال أو الحرام أو منها فلا كلام في كونه من الشبهة المحصورة - لو علم في أمواله محرماً - وإن أصر شيخنا في (الجواهر) بخروجه عنها - موضوعاً - وإن أدرجه في الشبهة غير المحصورة بملاحظة كلي الظالم وصنفه من كل ذي مال مختلط حرامه بحلاله كالعشار والسارق والمراعي والمرثي ومن لم يخرج الحقوق ونحوهم الذي منه الجائر - فإن ما في أيدي كل واحد من هؤلاء - وإن كان من الشبهة لو اشتبه الحرام منه بالحلال - إلا أن المجموع من حيث المجموع الملاحظ بالمحاطة الوحيدة صنفاً مخرج لها من المحصورة إلى غير المحصورة . وإن كان بالنظر إلى آحاد أفرادهم كان من المحصورة حتى صارت غير محصورة ، فيجري عليها حكم عدم الاجتناب .

وفيه - مع لزوم فتح هذا الباب سد باب الشبهة المحصورة - غالباً - أنه - حيث - من شبهة الكثير في الكثير المساوي لحكم المتصف بفسده في وجوب الاجتناب عنه - على الأقوى - كما تقرر في محله . كما أنه لا كلام أيضاً في خروجه - في الجملة - عن حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز تناول ما يعطيه والمعاملة معه عليه إجماعاً بقسميه .

فننقله : ما حكاه جدنا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « يجوز أخذ الجوائز من الظالمين والتصرف فيها ما لم يعلم حرمتها - بعينها - بالإجماع والنصوص المستفيضة » انتهى (١) - المعتضد بدعوى غير واحد - ومنهم السيد جدنا في الرياض - عدم الخلاف فيه، مضافاً

(١) راجع - كتاب التجارة منه ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من

الى النصوص المستفيضة - بل المتواترة معنى ، الصريحة في ذلك (١)
إنما الكلام في خروج المقام عن حكم الشبهة المحصورة مطلقاً ، أو
في خصوص ما إذا حصل منهم تصرف خاص كاعطاء وبيع ونحو ذلك :
وجهان :

قال شيخنا في (الجواهر) : « إنما الكلام في أن ذلك يقتضي
خروج ما في أيديهم وتحت تصرفهم - وإن علم اشتماله على مجرم - عن
حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز المقاصة منه والاكل للمارة والتصرف بالفحوى
ونحو ذلك حتى يعلم الحرام منه بعينه فترك أو يختص ذلك بما إذا حصل
تصرف خاص منهم كاعطاء وبيع وإذن ونحو ذلك مما يحتمل فيه القصد
إلى الحلال ، فلا تجوز المقاصة وأضرارها ، ويجوز الأخذ مع مقارنة أحد
تلك الأفعال المحسولة على الصحة شرعاً - من غير فرق بين ما كان في
صندوق فيه غضب ، أو ليس كذلك ، أو دار أو غيرها ما لم يعلم إقدامه
على المشتبه المحصور عنده : احتمالان . ظاهر الاستناد في شرحه : الثاني
منها . قال : ولو لم يعلم كونها - أي الجواهر - غضباً ، جاز أخذها
من الجائر مطلقاً ، للإجماع والأخبار ، ومن غيره ما لم يعلم إقدامه على
المشتبه المحصور ، لقضاء اليد وإصالة الصحة ، فيجوز الأخذ - حينئذ -
وإن جاء بها من دار أو دكان أو صندوق فيه غضب ، أو أشار الى
معين من جملة كذلك ، ولا يعلم حصوله في المدفوع والمعين إلا أن التعجب
مع الانحصار من شيم الأبرار ، وتختلف مراتب الرجحان باختلافه ، ولو
أشار الى مبيع قوي المنع كالأخذ للمقاصة والاكل للمارة - أو جاز -

(١) راجع هذا الموضوع في كتاب التجارة منه - في شرح قول المحقق :

السادسة : جوائر السلطان الظالم محرمة إن علمت حرمتها بعينها ، وإلا فهي
حلال . . .

وللدخول تحت رفع الجناح إلا بهلاج ، عملاً بالأصل في غير محل النص .
والظاهر إرادته من الإطلاق في الجائر بالنسبة إلى كونه سلطاناً أو عاملاً
أو عشاراً ، لا أن المراد - وإن علم إقدامه على المشقة المحصور حتى
يكون الاشتراط في كلامه مخصصاً بغير الجائر ، بل الظاهر تعميمه لها ،
كما يقضي به التأمل لتام كلامه .

ويمكن أن يريد اختصاص الجائر بهذا الحكم ، وهو جواز تناول
منه ، وإن علم إقدامه على المشقة المحصور ، كما هو مقتضى حال الجائر
للتصوص ، وغيرها مما ستعرفه . وعلى كل حال ، فوجهه : ما
أشار إليه :

ويحتمل الأول ، بل ربما أوهمه التقييد بالعين في المتن ، والتامع ،
ومحكي نهاية الأحكام والدروس والكفاية ومعقد إجماع المصاييح ، انتهى
كلامه رفع في الخلد مقامه (١)

وقال في (المسالك - في شرح قوله : جوائز الظالم : : الخ) :
« التقييد بالعين إشارة إلى جواز أخذها . وإن علم أن في ماله مظالم كما

(١) راجع منه : كتاب المتاجر في شرح قول المحقق : المسألة السادسة -

جوائز الجائر . . .

والنصوص المشار إليها في هذا الموضوع كثيرة ، منها - صحيح أبي ولاد :
« قالت لأبي عبد الله (ع) : ما ترى في الرجل يلي أعمال السلطان ليس له مكسب
إلا من أعمالهم ، وأنا أمر به وأنزل عليه فيمطيني ويحسن إلي ، وربما أمر لي بالدرهم
والكسوة - وقد ضاق صدري من ذلك ؟ فقال لي : « أخذ وكل لك المهناو عليه الوزر » ،
وصحيح محمد بن مسلم ووزارة : قال : « سمعناه يقول : جوائز السلطان
ليس بها بأس » وغيرهما كثير :

ج ١ رأي المصنف عدم تخصيص القاعدة في حكم الشبهة المحصورة من وجوب الاجتناب ٣٣٣

هو مقتضى حال الظالم ، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط في وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك « انتهى (١)

قلت : لم أجد رجعاً لتخصيص القاعدة في حكم الشبهة المحصورة من وجوب الاجتناب عن أطرافها ، بعد تنجز الخطاب بالاجتناب عن الحرام منها المشروط ابتلاء المكلف بجميع أطرافها بما يملكه الجائر وغيره من الجوائز وغيرها ، بعد أن كان غير الجائزة من أمواله - مثلاً - خارجاً عن ابتلاء الجواز ، فلا يكون التكليف بالحرام - على تقدير أن يكون غيرها منجزاً في حقه - حتى يجب الاجتناب عن المشبه به من باب المقدمة ، فالقاعدة لا تقتضي الاجتناب عنه بعد اختصاص الابتلاء به ، وإن كان من الشبهة المحصورة لانقضاء شرط جريان حكمها فيه ، وهو الابتلاء بجميع أطرافها المفروض عدمه - هنا - .

نعم ، لو فرض الابتلاء بأطرافها ، كما لو أراد المقاصة من أمواله ، أو أكل المارة حيث جاز دخوله تحت رفع الجناح في قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تأكلوا . . . » الآية (٢) ، أو فيها لو أشار المميز إلى غير معين من أمواله المشتملة على الغصب الموضوعة في صندوق أو قبة ونحوها أو إلى ميهن من كبس أو صرة من الصرر المتعددة المشبه حلالها بحرامها

(١) راجع: كتاب التجارة منه، مسائل ... السادسة - جوائز الجائر إن علمت

بمعينها فهي حرام . . .

(٢) سورة النور آية ٦١ . ونعم الآية : ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ، ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت أخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتيحه أو صديقكم ، ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو اشتراكاً ،

وجب الاجتناب عنها بالكلية وحرم أخذ شيء منها ، ولم يعلم ورود دليل على الجواز في أمثال المقام بعد أن كانت النصوص في حل جوائز الجائر وصحة معاملاته وأودة فيما يخص الاقتلاء به من أمواله ، لا مطلقاً .

هذا ، والوجه هو ما ذكرناه ، لا ما ذكره مشايخنا من الوجه المتقدم ذكره في كلامهم : من حل الفعل على الصحة ، ومنه يظهر جواز الأخذ منه ولو علم الأقدام منه على المشابهة عنده ، بخلاف ما تقدم من مشايخنا من اشتراطه بما لم يكن الأقدام كذلك ، ضرورة وضوح الفرق بين المدركين : ما هو المدرك عندنا ، وما هو المدرك عندهم .

ولما يتجه اعتبار ذلك بناء على الثاني دون الأول :

ثم إن مقتضى إطلاق النصوص والفتاوى عدم الفرق في الحكم المذكور بين ما علم ثبوت مال حلال للظالم أو لا ، وإن كان ربما يوهم اعتبار ذلك فيه بعض الأخبار ، مثل ما عن (الاحتجاج) : « عن الحميري : أنه كتب إلى صاحب الزمان - عجل الله فرجه - يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلاً لما في يده ولا يتورع عن أخذ ماله ، ربما نزلت في قرية ، وهو فيها ، أو أدخل منزله - وقد حضر طعامه - فيدعوني إليه ، فإن لم آكل من طعامه - عاداني ، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه وانصديق بصدقة ، وكم مقدار الصدقة ؟ وإن أهدى إلي هذا الوكيل ، فيدعوني إلى أن أزال منها ، وأنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده ، فهل علي شيء إن أنا نلت منها ؟ » الجواب : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل طعامه ، واقتل به ، وإلا فلا ، (١) .

(١) الحديث مفصل يذكره الطبرسي في (الاحتجاج) ج ٢ ص ٣٠٦ طبع

النجف الأشرف .

ج ١ ويستحب التزهد عن تناول أموال السلاطان - مطلقاً - في جميع الصور ٣٣٥

إلا أنه - لقصوره وعدم مقاومته لما تقدم (١) - محمول على ما لو حصل منه العلم بالحرمة .

هذا ، ولكن يستحب التزهد عن نحو هذه الأموال ، بل يكره تناولها بلا خلاف أجده فيه .

مضافاً الى جلية النفوس على حب من أحسن اليها ، وإلى النصوص المستفيضة ، نحو قوله : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » (٢) وقوله في الصحيح المتقدم : « ان أحدكم لا يصيب من دنياهم شئ » وفي الخبر : « عن الورع عن الناس فقال : « الذي يتورع عن محارم الله عز وجل ويتجنب هؤلاء ، وإذا لم يتق الشبهات وقع في الحرام وهو لا يعرفه » وقوله : « من ترك الشبهات نجا من الهلكات » الى غير ذلك (٣)

إلا أن الكراهة ترتفع بأمور :

منها - إخباره بالحلية أو بما يفيدها كقوله : هو من مال تجارتي - كما ادعاه غير واحد من الأصحاب . بل في الرياض : « نفي الرب عن حيفه » (٣) : والوجه فيه : هو ما دل على قبول قول ذي اليد . والأولى تقييده بما اذا كان مأموماً في قوله ، وإلا كان قوله كيداً . ومنها - إخراج الخمس منه ، لقحوى ما دل على تطهيره المختلط

(١) من الأخبار المجوزة . راجع عنها ص ٣٠٥-٣٠٨ من هذا الكتاب :

(٢) راجع : كشف الخفاء للمجلوني : ج ٢ رقم الحديث (١٣٠٧) .

(٣) من أمثال هذه الأخبار الدالة على النور والحيلة ، يذكرها الشيخ الانصاري وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة : باب جوائز السلاطان وعماله) ، ويذكر قسمها منها الكليني في باب عمل السلاطان وجوائزهم :

(٤) راجع منه . كتاب النجارة ، المكاسب المحرمة ، باب جوائز السلاطان في شرح قول مصنفه : جوائز السلاطان الظالم محرمة ان علمت حرمتها بعينها ، وإلا فهي حلال . . :

بالحرام يقيناً ، وقد تمسك بالأولوية المزورة جماعة ، منهم العلامة في
(المنتهى) وجدنا بحر العلوم في (المصابيح) (١) وجدنا السيد في
(الرياض) (٢) .

قيل : ويمكن الحدة في أصل الاستدلال بأن الخمس إنما يظهر
المختلط بالحرام حيث أن بعضه حرام وبعضه حلال ، فكأن الشارع جعل
الخمس بدل ما فيه من الحرام ، فعنى تطهيره بخلبصه باخراج الخمس مما
فيه من الحرام ، فكان المقدار الحلال طاهراً في نفسه الا أنه قد تلوث
بسبب الاختلاط مع الحرام بحكم الحرام ، وهو وجوب الاجتناب فاخراج
الخمس مظهر له عن هذه القدرة العرضية . وأما المال المحتمل لكونه
بنفسه حراماً وقدرأ ذاتياً ، فلا معنى لتطهيره باخراج خمسة ، بل المناسب
لحكم الأصل - حيث جعل الاختلاط قدرة عرضية - كون الحرام قلبر
العين ، ولازمه : أن المال المحتمل الحرمه غير قابل للتطهير ، فلا بد من
الاجتناب عنه . انتهى :

وهو حسن ، غير أنه منقوض عليه في المختلط بالحرام يقيناً بما لو
كان مقدار الحرام في الواقع أكثر من الخمس المدفوع منه ، فإن الزائد
عليه - حينئذ - من قدر العين المفروض تطهيره بدفع بعضه :
فالأحسن : التمسك بالأولوية ، سيما مع كون الاحتمال في المشتبه
ثلاثياً مردداً بين كونه حلالاً أو حراماً أو مشتملاً عليهما .

بل ، وأولى منه : التمسك بها فيما لو كان ثنائياً مردداً بين الأول

(١) ذكر ذلك في كتاب التجارة ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من

الظالمين : : :

(٢) ذكر ذلك في كتاب التجارة - في شرح قول المحقق : جوائز الظالم

محرمه . . .

ج ١ ذكر الروايات الدالة على نفي كراهة تناول المال المختلط بالحرام بعد تخميسه ٣٣٧

والثالث ، فافهمه .

ويدل على نفي الكراهة به من النصوص : الموثق المسؤول فيه عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال عليه السلام : « لا إلا أن لا يقدر فان فعل ، نصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت » (١) فان موردها - وان كان ما يقع في يده بازاء العمل - إلا أن للظاهر عدم الفرق بينه وبين ما يقع في اليد على وجه الجائزة .

ومنها - ما لو قصد بذلك مواساة الاخوان وصرفها في حوائجهم ، بل في مطلق المصالح التي تكون في نظر الشارع أرجح من الاجتناب عنه كما ورد عن الامام الكاظم (ع) - فيها أهدي اليه من قوله : « اولا أني أرى من أزوجه من عزاب آل أبي طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلته » (٢) .

وعلى ذلك ينزل ما ورد من قبولهم عليهم للسلام لجوائز الأمويين والمهاسين ، أو على الضرورة ، أو بيان الجواز ، أو على كونه تخليصاً لأموالهم المغصوبة ، أو غير ذلك من الوجوه التي هم أعرف بها - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين - .

(١) ذكره (الرياض ج ١) المصدر نفسه .

(٢) يذكره الشيخ الانصاري في (مكاسبه المحرمة باب جوائز السلطان) وعامة الفقهاء في نفس الباب .

خاتمة في الأراضي المندرسة

وهي التي خربت بعد أن كانت معمورة مملوكة للمالكها ، فلا تخلو إما أن يكون المالك قد ملكها بغير الأحياء من الأسباب المملوكة والنواقل الشرعية ، ولو بالاغتنام كالمفتوحة عنوة ، أو ملكها بالأحياء :

فإن كان الأول - فالذي يظهر من عبارة غير واحد من الأصحاب التسالم فيه على بقاء الملكية ، وعدم زوالها بالخراب : بل في (الجواهر) عن التذكرة : دعوى عدم الخلاف فيه . بل عنه في (المسالك) و (الروضة) : نقل الإجماع عليه (١) :

قال في (الروضة) : « وأجرى عليه ملك مسلم معروف فهو له ولورثته بعده كغيره من الأملاك ، ولا يفتقل عنه بصيرورته موانئاً مطلقاً لاصالة بقاء الملك ، وخروجه يحتاج الى سبب ناقل ، وهو محصور وليس منه الخراب : وقيل : يملكه المحيي بعد صيرورتها موانئاً ، ويبطل حق السابق - الى أن قال - : وهذا هو الأقوى : وموضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالأحياء ، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها إجماعاً - على ما نقله العلامة في التذكرة عن جميع أهل العلم ، انتهى (٢) :

وقال في (المسالك) : « إذا جرى على الأرض ملك مسلم معروف ومن في حكمه ، فما دامت عامرة فهي له ولورثته بعده ، وإن ترك

(١) راجع ذلك - مفصلاً - في خاتمة كتاب الجهاد منه - في شرح قول

المحقق : كل أرض موات سبق إليها سابق فأحيائها كان أحق بها .

(٢) شرح اللعة للشهيدين ، أوائل كتاب (إحياء الموات) :

الانتفاع بها أصلاً - إجماعاً - فإن خربت ، فإن كان انتقلها اليه بالقهر والغلبة كالفتوح عنوة بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء أو العطية ونحوها ، لم يزل ملكه عنها - أيضاً - إجماعاً ، على ما نقله في (التذكرة) عن جميع أهل العلم ، وإن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى عادت موافقاً ، فعند المصنف - وقبله الشيخ وجماعة - أن الحكم كذلك - ثم استدل عليه بأدلة - إلى أن قال - : وذهب جماعة - منهم العلامة في بعض فتاوى كتبه ، ومال اليه في التذكرة - إلى صحة إحيائها وكون الثاني أحق بها من الأول ، ثم استدل على هذا القول بأدلة - ثم قال بعدها - : وهذا القول قوي للدلالة الروايات الصحيحة عليه « انتهى (١) .

وفى حضرتي من نسخ (التذكرة) ما هذا لفظه : « لو لم تكن الأرض التي في بلاد الاسلام معمورة في الحال ، ولكنها كانت قبل ذلك معمورة جرى عليها ملك مسلم ، فلا يخلو : إما أن يكون المالك معيناً أو غير معين . فإن كان معيناً ، فاما أن ينتقل اليه بالشراء أو العطية وشبههما أو بالإحياء ، فإن ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالإحياء ، قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحيائه لأحد غير أربابه « انتهى :

وليس فيه دعوى عدم الخلاف ، كما حكاه عنه في الجواهر ، ولو سلم ذلك فليس بصريح في الإجماع ، وصريحه منقول عن ابن عبد البر ، ولا نعرفه ، ولعله من العامة . فإن تم في المقام إجماع ، وللا فلتناقشة فيه مجال :

وأما الثاني ، وهو ما كانت مملوكة بالإحياء ، فاختلفت كلمات الأصحاب فيه على قوانين بل أقوال . وصريح الروضة ، وظاهر المسالك ، وغيره - كما تقدم - حصر الخلاف بينهم في هذه الصورة . ولا أرى

(١) راجع هذا الموضوع - مفصلاً - في أوائل كتاب إحياء الموات من المسالك .

وجهاً للتفصيل بين الملكية الحاصلة بغير سبب الإحياء من النواقل الشرعية وبين الحاصلة بالإحياء وحصر موضع الخلاف في الثاني دون الأول ، إلا التثبت بذيل الأخبار تبعيداً أن تم ، وهو غير معلوم كما ستعرف . كيف والنواقل الشرعية لا توجب إلا نقل ما كان للمنتقل عنه إلى المنتقل اليه . فإن كانت الملكية الحاصلة للأول ملكية في الجملة وما دامت العمارة موجودة كالملكية بالإحياء - بناء عليه فيه - انتقلت كذلك إلى من انتقلت اليه .

وإن كانت الملكية دائمة ، فننقل كذلك ، فالعقود ونحوها من النواقل تنقل ما كان للأول إلى الثاني ، إن دائماً فدائماً ، وإن كان في الجملة في الجملة ، من غير فرق بين وجود الواسطة وعدمها وتعددتها وعدمه ، والأغلب - بل الغالب - تنتهي سلسلة المملوكات صعوداً إلى المملوكة بالأحياء ، وتندرج الكيفية الحاصلة - أولاً - في التدرج بالسلسلة الطولية بعينها إلى حصول الخراب من دون زيادة في كيفية الملكية . اللهم إلا أن يكون منشأ الخلاف في المملوكة بالإحياء هو الاختلاف في كيفية سببية الإحياء في المرات المملوكة للإمام بالنقل ، وأنه هل يوجب الملكية - كما هو الظاهر من اللام في صوم « من أحيى أرضاً ميتة ... » (١) - وكونه شيئاً تاماً للملك ، بناء على سقوط إذن الإمام في زمن الغيبة أو تحقق الاستفادة من تلك العمومات ، أو لا يوجب إلا الأحقية ، بناء على كون اللام للاختصاص ، وإن قلنا بمجازيته ، اقربته ما دل من الروايات على دفع خراج الإمام (ع) من أهل بيته وانزعاعها من أيديهم عند ظهوره - عجل الله فرجه - إلا ما كان في أيدي شيعتهم فيقاطعههم عليه (٢) وإلا

(١) راجع لهذا الحديث فيما مضى من هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) راجع عنها ما مر من الكتاب ص ٢٦٦ ، ٢٦٨ ، ٢٧٤

ج ١ الخلاف في أن الأحياء مسبب للملكية أم لا انتقال الأحقية من الأول إلى الثاني ٣٤١

فلا معنى لانزعاع المملوك من يد مالكه . وحيث قلنا بمفاد الأحقية دون الملكية ، فقتضى أخبار التحليل للشبهة فيها هو لهم حتى في التصرفات المترتبة على الملك : هو اما دخوله آناً في ملكه عند ارادته ذلك ، أو كونه من الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك - كما تقدمت الإشارة اليه - وعلى التقديرين يملكه المنتقل اليه بأحد التوافق الشرعية ملكية قامة ، وإن كان الانتقال من الهبي نفسه ، وقلنا له بالأحقية دون الملكية لأحد الأمرين المتقدمين : وحيث تم في أول مرتبة السلسلة تم في جميع مراتبها الطوالة نزولاً ، بخلاف ما أو خربت عند الهبي نفسه غير الثابت له الا الأحقية التي تزول بزوال مناطها وهو الإحياء .

وبالجملة ، فالقول بزوال حق الأول على ثبوت الأحقية له بالإحياء دون الملكية : وعليه يتجه ما عليه أكثر أهل القول الثاني من أنها للثاني من دون شيء عليه من الطسق للأول ، فافهم .

وكيف كان فقد ذهب الى القول ببقاء الملكية وعدم زوالها بالموت جماعة ، منهم : الشيخ في (المبسوط) وصاحب المذهب ، والسرائر ، والجامع ، والتحرير ، والدروس ، وجامع المقاصد - وغيرهم - على ما حكى عنهم - بل عن الأول : نفي الخلاف في أن غامر بلاد الشرك إذا كان لمعين لا يملك بالإحياء . وهو باطلاق يشمل محل البحث مما كان مملوكاً بالإحياء . مضافاً الى تصريحه بعدم الفرق بين بلاد الشرك والاسلام بأكثر من أن الغامر في بلاد الاسلام لا يملك بالقهر والغلبة والغامر في بلاد الشرك يملك بالقهر والغلبة . بل قيل - كما في الجواهر - : إن لم يعرف الخلاف في ذلك قبل الفاضل في (التذكرة) .

وعلى كل حال : حجبتهم على ذلك : عموم قوله (ص) : ١ من

أحيى أرضاً ميتة فهي له « وقوله : « ليس لعرق ظالم حق » (١) بالتنوين
أو بالاضافة بناء على ما عن هشام بن عروة في تفسيره : أن يأتي الرجل
الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها .

ونجبر سليمان بن خالد - وفيه - : « أنه مثل الصادق (ع) عن الرجل
يأتي الأرض الخربة ، فيستخرجها ويحجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ،
فماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : وإن كان يعرف صاحبها ؟ قال :
فليؤد إليه حقه » (٢) بناء على ظهوره في الرقبة دون اجرتها ، مضافاً
إلى إصالة بقاء الملك على ما كان عليه ، وإلى أنها أرض يعرف مالئها
فلا تملك بالإحياء كالتي مأكت بشراء أو عطية . وإلى أن الملكية لا تزول
إلا بأسباب مخصوصة ، وليس الخراب منها - كذا قيل - :
وفي الشكل نظر : أما الأول - فلا يتم إلا بمعرفة الأصل الذي
ستعرف ما فيه :

وأما الثاني ، فمع أن التفسير ليس ممن قوله حجة علينا ، فسره
بأن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره ، وهو - هنا - غير مسلم ، بل هو
عين الدعوى :

وأما الثالث - فمعارضة بأخبار آخر لها أقوى منه سنداً .
وأما الأصل ، فيخرج عنه بالأخبار الصحيحة الظاهرة في خلافه :
وأما ما يليه من الأدلة ، فصادرة محضة ، وإن هو إلا عين
الدعوى :

وذهب جماعة أخرى ، منهم العلامة في (التذكرة) وثاني الشهابين

(١) هاتان الفقرتان حديث واحد ، ذكره السيوطي في (الجامع الصغير -

في مادة من) ومر علينا في هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) راجع عنها مامر من هذا الكتاب ص ٢٨٥

ج ١ مناقشة أدلة الداهيين الى بقاء ملكية الاول ، واختيار تملك المحيي بالاحياء ٣٤٣

في (الروضة) والمسالك ، وغيرهم ، بل في (جامع المقاصد) : لانه المشهور ، وان كنا لم نتحققه - الى جواز تملك الثاني لها بالاحياء ، لعموم قوله (ص) : « من أحبب أرضاً ميتة فهي له » (١) ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : « أيما قوم أحبوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم » (٢) وغيرها من الأخبار الدالة على تملك المحيي بالاحياء ، ولأن هذه الأرض أصلاً مباح ، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة ، كما لو أخذ ماء من دجلة ثم رده إليها ولأن العلة في تملك هذه الأرض الإحياء والمهارة ، فإذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك ، فإذا أحياها الثاني فقد أوجد سبب الملك فثبت الملك له ، كما لو التفت شيئاً ثم سقط من يده وضاع منه فالتقطه غيره فإن الثاني أحق به - كذا قيل - :

ومقتضاه زوال ملك الأول بالموت وتملك الثاني بالاحياء الذي مقتضاه عدم وجوب شيء عليه الاول - كما هو ظاهر أكثرهم - . وفيه : إما عمومات الإحياء ، فمع ان اجراءها في الثاني ليس بأولى من إجرائها في الاول ، وأنه من الترجيح بلا مرجح ، بل المرجوح فقيدة المرسل المنجبر وهو : « من أحبب ميتة في غير حق مسلم فهي له » اللهم الا أن ينكر كونه لمسلم - والحالة هذه - وإنه من المصادر . وفيه مع أنه مقتضى الأصل يكفي كونه مشكوراً بناء على كونه شرطاً في صحة الاحياء - لا يمكن احرازه في المقام بالأصل :

وأما عودها الى ما كانت عليه - أولاً - من الإباحة ، فهو مصادرة محضة والإحياء الاول علة للملكية التي مقتضاها الدوام الى طرق أحد

(١) مر آنفاً في هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) مر آنفاً ص ٢٤٠-٢٤١ و٢٧١ من هذا الكتاب :

التواقل الشرعية ، فلا تزول بزواله ، وكونه كالماء المأخوذ من دجلة وعمره اليها من القياس الذي لا نقول به ، بل لا ينبغي تدوينه في كتبنا وإن ذكره في (المذكورة) جرباً على مذاق الجمهور . مع أن الملقى في دجلة من المأخوذ منه بعد ثلثاً وباللقاء اليها بعد إنفاقاً له .

والقياس باللقطة قياس مع الفارق ، فإن الأحكام مترتبة على موضوعاتها ضرورة أن اللقطة موضوعها الضالة ، وليس الملتقط الأول بأزيد من المالك الأصلي حتى تكون ضالته غير ضالة الأول : وبالجملة ، فهذه الأدلة كلها مزبقة واحدة جداً . والعمدة في المقام هي النصوص الخاصة التي :

منها - صحيفة معاوية بن وهب قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : أما رجل أتى خربة بائدة ، فاستخرجها وكري النهارها وعمرها ، فإن عليه فيها الصدقة ، فإن كانت أرضاً لرجل قباه فغاب عنها وتركها فأخربها ، ثم جاء - بعد - يطلبها فإن الأرض لله وإن عمرها » (١) وصحيفة الكاظمي ، عن أبي جعفر (ع) قال : « وجدنا في كتاب علي : أن الأرض لله بورتها من يشاء من عباده والمأقبة للمؤمنين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المنفقون ، والأرض كلها لنا ، فمن أحب أرضاً ميتة من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام (ع) من أهل بيتي ، وله ما أكل منها ، فإن تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها ، فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القوائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها بمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله (ص) ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على

(١) سبق تخريج هذا الحديث وذكره ص ٢٨٣ من هذا الكتاب .

ج ١ ذكر الاخبار المتعارضة في موضوع ملكية احياء الارض والجمع بينها بأحد وجهين ٣٤٥

في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، (١)

وهذان الخبران - وإن عارضهما خبر سليمان بن خالد المتقدم - (٢) ،

إلا أن الجمع بين الأخبار يمكن بأحد وجهين - أو وجوه - :

الأول - أن المعارضة بين خبر سليمان الدال على بقاء الملك للأول

والشامل باطلاقة لا لو كانت الأرض مملوكة بالإحياء أو بغيره ، وبين

صحيحة معاوية الدالة على كونها للثاني المعمر لها ، مع شمول إطلاقها

للصورتين - أيضاً - من تعارض المتباينين . غير أن صحيحة الكابلي -

لاختصاصها بصورة التملك بالإحياء - أخص مطلقاً من خبر سليمان الموجب

لتخصيصه بها حلاً للمطلق على المقيد أو العام على الخاص ، وبعد التقييد

أو التخصيص تنقلب النسبة بين خبر سليمان وصحيحة معاوية ، ويكون

أخص منها كذلك ، لاختصاصه بعد التقييد بصحيحة الكابلي بما لو كانت

الأرض مملوكة بغير الإحياء ، فيجب تقييد الصحيحة بخبر سليمان المقيد

بخبر الكابلي . فيكون حاصل الجمع بين الأخبار - حينئذ - : أنه إن

كانت مملوكة بالإحياء الأول كانت لمن عمرها ثانياً لصحيحة الكابلي مع

دلالة صحيحة معاوية عليه بعد تقييدها بخبر سليمان ، وإن كانت مملوكة

بغير الإحياء كانت للأول لخبر سليمان المنزل عليه بالخصوص بعد تقييده

بصحيحة الكابلي . وعليه ، فتكون الأرض لمن عمرها ثانياً ، ولا شيء عليه

لزوال ملك الأول عنها فيما لو كان ملكها بالإحياء .

ويضعف - مضافاً إلى لزومه الترتيب في طريق الجمع الذي فيه

كلام موكول إلى محله - : أن تقييد خبر سليمان بصحيحة الكابلي فرع

ظهورها في ملكية الثاني ، وهو ممنوع ، إذ ليس فيه إلا أن الثاني أحق

(١) مر عليك ذكر هذا الحديث ص ٢٦٨ من هذا الكتاب :

(٢) راجع : ص ٣٤٢ من هذا الكتاب .

من الاول الذي تركها ، وهو أعم من الملكية ، والعام لا يدل على خصوص الخصاص . ولو سلم الظهور في الملك بدعوى كونه هو المتبادر من إطلاق الأحقية ، لأن الأحقية المطلقة يتبادر منها الملك ، فانما هو تبادر إطلاقي . وحينئذ بدور الأمر بين تقييد أحد الاطلاقين : إطلاق خبر سليمان وإطلاق الصحيحة ، وترجيح تقييد الأول على الثاني ترجيح بلا مرجح : ومع النزل - وتسلم كون التبادر وضعياً لا إطلاقياً وأن إرادة غير الملك من الأحقية لإرادة للمعنى المجازي فيدور الأمر - حينئذ - بين التقييد والمجاز والتقييد أولى ، كما تقرر في محله - فهو مسلم ما لم يستلزم التقييد حمل المطلق على الأفراد النادرة ، وإلا فالمجاز حينئذ - ولا سيما للشائع منه - أولى من التقييد ، وهو - هنا - كذلك ، لأن تقييد خبر سليمان بالصحيحة يوجب تقييده لإطلاق صحيحة معاوية المنزل - حينئذ - على الفرد النادر ، وهو المملوك بالإحياء ، فإن الغالب - ولا سيما في البلاد المعمورة - حصول الملك للمير من الأسباب المملكية كالشراء والعطية ونحوها من النواقل الشرعية ، فتأمل :

الوجه الثاني : هو أن يجمع بينها بحمل اللام من قوله (ولما حرهما) في صحيحة معاوية بن وهب على مجرد الاختصاص دون الملكية بقرينة ظهور (فليؤد إليه حقه) في خبر سليمان في بقاء الملك للأول على كل من تفسيري الحق فيه : بالرقبة أو أجرتها ، إذ لا معنى لاستحقاق الأجرة مع عدم ملك الرقبة ، مضافاً إلى ظهور التعبير عنه بصاحبها فيه ، ودعوى إ شمار الأحقية به في صحيحة الكاهلي . وعليه فتكون الأرض ملكاً للأول ، وللمعمر الثاني الأحقية بها وأولوية التصرف فيها وعليه دفع أجرتها للأول - وحينئذ في جواز الإقدام على الإحياء - مطلقاً - لإطلاق النصوص وظاهر فتاواهم ، أو مشروطاً بأذنه أو إذن الحاكم ، ومع عدمها

فيجوز حصة للجمع بينهما وبين ما يقتضي بقاء الملكية من القواعد الشرعية - كما عن بعض - : وجهان : ولا ريب أن الثاني هو الأحوط ، إن لم يكن هو الأقوى .

هذا كله بناء على أن الإحياء من الأول موجب للملكية اما دائمة أو مفيدة - بما دامت العمارة باقية - ويحتمل - قريباً عندي كما تقدم (١) ، بل هو الأقوى - : إن الإحياء في المرات التي هي للإمام عليه السلام لا يكون سبباً لملك المحيي وخروج الرقبة عن ملك الامام ، ولا يوجب إلا أحقية المحيي بها وأولويته من غيره بالتصرف فيها فتكون اللام في عمومات الاحياء لمجرد الاختصاص - بقربة ١٠ دل على دفع خراجها للإمام (ع) في صحبة الكاظمي - وان كنا لا نقول به في زمان الغيبة لأخبار الإباحة والتحليل للشيعنة المستفاد منها كونها لهم بلا اجرة عليهم ، ويحويها بعد ظهوره - عجل الله فرجه - إلا ما كانت في أيدي شيعتهم ، فبإعطائهم عليها (٢) . ولو كانت مملوكة لمن أحيائها من غيرهم ، أشكل الحكم بانزاعها من أيديهم بعد أن كانت مملوكة لهم لمخالفتها لمقتضى قواعد الملكية ، وليس إلا لبقائها على ملك الامام .

وأما خبر سليمان بن خالد الدال على الملك ودوام الملكية ، فمحمول على ما لو كانت مملوكة بغير الإحياء من أسباب الملك ، وان انتهت سلسلتها بالصعود الى الإحياء غير المملوك للمحيي ، لما عرفناك - مكرراً - ان الإباحة منهم لشيعتهم جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملك مستلزمة اما لدخوله آنأماً في ملكه عند ارادة التصرف الخاص أو يكون من

(١) راجع هذا الموضوع في ص ٣٤٠ - ٣٤١ من هذا الكتاب .

(٢) هذا هو مضمون أخبار التحليل كمخبر عمر بن يزيد وغيره ، راجع :

الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك ، فتخرج الرقبة - حينئذ - عن ملك الامام عليه السلام ويملكها من انتقلت اليه ، كما لو اشتراه من الامام (ع) نفسه :

ومنه يعلم : أنه لا وجه للاحاق الانتقال بالارث من المحيي لساير النواقل الشرعية منه كالشراء والعطية وغيرها - كما وقع من شيخنا في (الجواهر) تبعاً للرياض وجامع المقاصد ، بل لو خربت عند من ورثها من المحيي - ولو بوسائل ممتددة بالارث - كان حكمه حكم ما لو خربت عند المحيي نفسه من وقوع الخلاف المتقدم فيه .

وبالجملة ، المملوكة بالارث من المحيي كالمملوكة بالاحياء في وقوع الخلاف فيه ، ضرورة ان الارث لا يوجب انتقال ما كان للموروث من الملك أو الحق الى الوارث ، وليس كالنواقل الشرعية المتوقفة على تحقق عنوان الملك :

وكيف كان ، فعلى ما قوبناه ، لا اشكال في جواز الاقدام على تعميره ، ويكون من عمرها أحق بها من غيره لزوال أحقية الأول بزوال مناطها :

ثم ليعلم أنه لا منافاة - كما ربما يتوهم - بين كلامهم هنا ، وتسامهم في المملوكة بغير الاحياء على عدم جواز مزاحمة المالك والتصرف في ملكه بغير اذنه، وبين كلامهم في المسألة المتقدمة في المقالة الثالثة : من ذهب المشهور ، حتى قيل : ان القول بخلافه متروك : من أن ملك الأرض لهم التصرف فيها ما داموا قائمين بمارتها ، فإذا أمملوها حتى خربت أخذها الامام (ع) أو نائبه ، وقبلها من غيرهم ليعمروها ، ودفع طسقةا اليهم .

لأن كلامهم - هناك - في ما لو كان الإهمال متبعاً عن عجز المالك أو تعذره أو نحو ذلك مما يعد معه إنباء الأرض على العطللة لخصوص الأخبار المتقدمة الدالة عليه ، وإكونه من النصيب الحرم . ولذا قلنا فيه بوجوب الإقتصار على القدر المتيقن المتبادر من النصوص بمخالفتها للقواعد الأولية .

وبالجملة - وجوب إخراج الأرض عن العطللة - ولو بمزاحة المالك لو امتنع عنه مسألة ، وجواز مزاحته في ملكه بمجرد الخراب مسألة أخرى وبينهما فرق واضح ويون بعيد ، فافهم .

هذا تمام الكلام في حكم ما لو كان السبب معلوماً .

وأما لو كان مشكوكاً دائراً بين سببية الأحياء وغيره ، فحكمه - على القول باتحاد حكم الصورتين - واضح ، وعلى القول بعدمه وزوال الملكية بالخراب فيما لو كان مملوكاً بالأحياء ، فقد يتوهم إلحاقه به تمسكاً بعموم دليل الأحياء بالفسبة إلى الثاني بعد عدم إمكان تعيين السبب بالأصل لكونه معارضاً بالمثل ، فيبقى عموم : « من أحيى » بالنسبة إلى المعمر الثاني سليماً عن المعارض .

إلا أنه فيه - مع أن عموم الأحياء أو مطلقاته بعد تقييدها بما لم يكن في حق مسلم بحكم المرسلة المتقدمة المتجبرة (١) وثبتت تنويع أفراد العام ودوران أمر لمشكوك - حينئذ بين كونه مندرجاً في العام أو الخاص مع كونه من الشبهة في المصادق ولا يجوز التمسك بالعمومات في الشبهات المصادقة - :

أنه يمكن إجراء استصحاب كلي الملك المردد بين فردين : أحدهما

معلوم البقاء والآخر معلوم العدم الموجب لدخوله في الموات التي تعلق بها حق مسلم ، فيندرج - حينئذ في الخاص المعلوم فيه حكمه من عدم جواز الافدام على احيائه وعدم التملك به او احياءه . فالاستصحاب يدخل في موضوع الخاص او المقيد الذي هو من الدليل الاجتهادي الخاص ، فهو من تخصيص العام بالدليل الاجتهادي الثابت موضوعه بالاستصحاب ، لا من التخصيص بالأصل والاستصحاب ، كما ربما يتوهم :

وأما بناء على ثبوت الأحقية دون الملكية بالاحياء وبقاء الرقبة على ملك الامام (ع) ما لم يطرأ عليه أحد التواقل للشرعية ، فرجع الشك - حينئذ - إلى الشك في خروجها عن ملك الامام بأحد التواقل ولو من المحيي وعدمه ، والأصل بقاؤها على ملكه ، فيجوز الافدام على تعميرها وإحيائها ويكون المحيي أحق بها من غيره ، وأولى بالتصرف من دون شيء عليه من اللطس الاول ، لزوال أحقيته بزوال مناطها ، فانهم واغتنم :

تلخيص لما تقدم من الكلام في الأراضي المدرسة :

وهو : ان الموات منها : إما أن لا يكون له مالك معروف - سواء لم يكن له مالك أصلاً لانقراضه وانقطاعه ، أو كان مجهولاً لا يمكن تشخيصه ولو في محصور - وهذه كلها للامام (ع) كالموات بالاصالة يجوز إحيائها مطلقاً وللمسلمين خاصة - على الخلاف - مشروطاً بإذن الامام (ع) مطلقاً ، أو في زمان الحضور خاصة - على الخلاف أيضاً - بملكه المحيي بالاحياء : أو يكون به أحق من غيره وأولى بالتصرف فيه مع بقاء الرقبة على ما كانت عليه من ملك الامام - على ما تقدم من الخلاف أيضاً - .

ولما أن يكون له مالك معروف . وهو : أما أن يكون قد ملكها
بغير الأحياء من الأسباب المملوكة شرعاً ، أو ملكها بسبب الأحياء ؛
وعلى التقديرين : أما أن يكون سبب التملك أو الأحقية معلوماً أو
مشكوكاً .

فها هنا مقامات :

الأول - ما علم كونه مملوكاً بغير الأحياء ، وحكمه البقاء على الملكية
وعدم جواز التصرف فيه بغير إذنه ، مطلقاً - على حد غيره من مملوكاته -
والظاهر أنه عندهم مما لا كلام فيه ولا شبهة تعريه ، إلا إذا كان ذلك
منبعثاً عن إهماله لعجز أو تعذر ، حتى انجرت إلى الخراب ، أخذه الإمام
أو نائبه للعام وجوزها أو جوازاً وقبله من غيره ودفع طسقه إلى المالك
- حسباً تقدم الكلام فيه في المقالة الثالثة -

الثاني - ما علم كونه مملوكاً بسبب الأحياء ، ففيه الخلاف المتقدم:
من جواز أحيائه للثاني وتملكه له من دون شيء عليه أو ثبوت الأحقية
له كذلك أو مع دفعه الطسق إلى الأول مطلقاً - أو مشروطاً بعدم إذنه
وامتناعه من تعميمه أو حرمة التصرف فيه - مطلقاً - كما أو كانت مملوكة
بغير الأحياء . كل ذلك مبني على الخلاف في كون الأحياء سبباً للأحقية
والملكية . وعلى الملكية ، فهل هي ملكية دائمة مطلقاً ، أو ما دامت
الحياة باقية فنزول بزوالها ؟ ومنشأ الخلاف في ذلك أيضاً : اختلاف
الانظار في مفاد الأخبار ووجوه الجمع بينها حسباً حررناه لك ، وعليك
بالترجيح بعد إعطاء التأمل حقه :

وأما الثالث - وهو ما لو كان مشكوكاً ولم يعلم كونها مملوكة
بالأحياء أو بغيره ، ففي جواز اقدام الثاني على أحيائها ، وعدمه ، وجهان

مبينان على ما تقدم : من أن الاحياء هل هو سبب للملك أو لا يرجب
إلا الأحقية بالتصرف ، وانه على الأول : لا يجوز إحيائها للثاني لكونها
من الموات المتعلق به حق مسلم بحكم استصحاب الكلي الموجب لاندراجها
في المراسل المقيد لعمومات إحياء الموات . وعلى الثاني : يجوز ذلك
لاستصحاب بقاء الرقبة على ملك الامام عليه السلام ، فيكون كالمات
بالاصالة ، يجوز لكل أحد إحيائها ، غير أن المحبسي أحق بالتصرف
من غيره .

والله العالم بحقائق الامور



بهذه الرسالة ينتهي الجزء الاول ويليه الجزء الثاني وأوله :

رِسَالَةٌ

فِي اخْذِ الزَّكَاةِ عَلَى الدَّجَبِ

فهرس

محتويات الجزء الاول من الكتاب

- (٣ - ٨) كلمة (مكتبة العلمين العامة) : عرض موجز
لمطبوعاتها ومشاورتها الفكرية طيلة ستة أعوام ، لمحات سريعة عن الكتاب
ومؤلفه والمعلق عليه .
(٩ - ١٠) خطبة الكتاب للمؤلف

رسالة في الفرق بين الحق والحكم

- (١٣ - ٣٢) المتن : بيان الفوارق المفهومية والمصادقية بين الحق
والحكم ، عرض تفصيلي لموارد الحق المختلفة الأنحاء ، وللمصاديق المشبهة
بينهما .
(٣٣ - ٣٩) التعليق : شرح مفصل للفوارق بين الحق والحكم
التي ذكرها المصنف ، وتعريف كل منهما ، وذكر المآثر بينهما ، ومناقشة
المصنف فيما يراه من الحق : بأنها في الحقيقة من قبيل الأحكام لأنها غير
قابلة للاستقاط ، كحق الأبوة وولاية الحاكم الشرعي وحق الاستمتاع
بالزوجة وحق الجار وحق التولية من الوافف ، وحق الوصاية من الوصي
وعامة الولايات المجعولة ممن له الجعل .
(٤٠ - ٤٩) الخمس والزكاة من الحقوق بالمعنى الأنخص ، لكنهما
غير قابلين للاستقاط ، فهما من هذه الجهة من قبيل الأحكام ، تحقيق مفصل
في أن متعلق حق الخمس والزكاة ، الذمة أم العين المحقوقة ، واختيار : أنه
العين لا الذمة ، وأنه حق مستقل وليس من قبيل سواء من الحقوق .

(٥٠ - ٥١) ومن الحقوق - غير القابلة للانتقال بالارث - : حق القسم للزوجة ، وان قبل النقل الى الضرة . ومما لا يقبل النقل والانتقال : ما كان من قبيل حق الغيبة والشتم والضرب والايلاء ، والظاهر عدم كونها من قبيل الحقوق :

(٥١ - ٦٠) حق الرهانة والشفعة والخيار قابل للانتقال الى الوارث وغير قابل للنقل الى الغير بالمصالحة عليه ، بيان الفرق في ذلك ، وذكر الخلاف بين المصنف والشيخ الانصاري حول الموضوع : وبيان جواز التوكيل في إنشاء الفسخ والإفراو . بيان ما هو الأصل في المشكوك كونه قابلاً للنقل والانتقال .

(٦١ - ٦٤) هل يصح جعل الحقوق ثمناً للبيع أم لا ؟ عرض مفصل عن حقيقة الملكية والبيع ، وأخيراً : اختيار عدم صحة جعل الحق ثمناً للبيع : .

رسالة في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(٦٧ - ٧٨) ويستنتج من هذه القاعدة الإيجابية : قاعدة سلبية مماكسة لها في المفهوم . بحث مفصل حول القاعدة الكلية طرداً وعكساً من حيث المعنى . وبيان ما هو المقصود بالضمان فيها :
(٧٨ - ٨٢) مدرك القاعدتين الإيجابية والسلبية - هو الاجماع وقاعدة الاحترام ، وليس قاعدة الاقدام .

نقوض واشكالان :

(٨٣ - ٨٨) ومما ينقض على طرد القاعدة : استمارة المحرم الصيد من المحل ، والجواب عن ذلك : والتحقيق في حكم ذلك الصيد :

- (٨٩ -) وينقض على القاعدة الايجابية - أيضاً - بناء البيع بالبيع
الفاقد المضمون على المشتري ، والجواب عنه :
- (٩٠ - ٩١) وينقض عليها أيضاً بحمل المبيع بالبيع الفاسد المضمون
على المشتري ، والجواب عنه .
- (٩١ - ٩٤) ومنها : النقص بالشركة الفاسدة والجواب عنه ، تحقيق
في بيان معنى الشركة واقسامها الصحيحة والفاصلة
- (٩٥ - ٩٩) وربما ينقض على القاعدة أيضاً بعامل القراض اذا
أخذ المال قراضاً وكان عاجزاً عن تأديته ، والجواب عن ذلك ، بيان
تفصيلي عن حقيقة المضاربة ، والضمان فيها : والمناقشة مع المصنف في
تضمين عامل القراض العاجز ، واختيار عدم تضمينه :
- (١٠٠ - ١٠٥) وقد يتوهم للنقض على القاعدة باستعارة العين
المغصوبة من غاصبها . بيان صور المسألة ، والجواب عن ذلك ، وبيان
النقاش - تفصيلاً - في ضمان تلك العارية المغصوبة :
- (١٠٦ - ١٠٧) ومما ينقض على القاعدة ، بالبيع من السفينة الممور
لو تلف المبيع في يده مع كون القبض باذن البائع . والجواب عن ذلك :
- (١٠٨ - ١١٤) وربما يتوهم للنقض أيضاً بالبيع بلا عوض ،
والاجارة بلا أجره : التفصيل في ذلك ، وبيان الجواب عنه :
- (١١٥ - ١١٦) ذكر الاشكالين على القاعدة ، والجواب عنها .

رسالة في القبض وحقيقته

- (١١٩ - ١٢٨) بيان حقيقة القبض - لغة - وبيان أقوال الفقهاء
الثمانية في مصطلحه وأدلتهم عليها : ١ - كفاية التخلية فيه مطلقاً في المنقول
وغيره ، ٢ - التخلية في غير المنقول ، وفيه : نقله ، ٣ - القبض في المنقول

إذا لم يكن مكبلاً أو موزوناً محض النقل ، وأما فيها فبالكيل أو الوزن ،
 ٤ - القبض في المنقول : نقله وفي الموزون والمكيل : ذلك أو الكيل أو
 الوزن ، ٥ ، القبض هو تناول باليد فيما ينقل ويحول ، وأما في العبد
 فقبضه أن يقبضه ، والبهمة قبضها أن يحشي بها ، والجزاف قبضه نقله من
 مكان إلى آخر ، والمكيل ، قبضة مكاييله ، ٦ - التخلية في غير المنقول
 وفي الحيوان : نقله ، وفي المكيل والموزون والمعدود : ذلك أو نقله ، وفي
 الثوب : وضعه في اليد ، ٧ - كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ،
 لا في زوال المنع عن بيع ما لم يقبض ، ٨ - إنبه الاستيلاء على المقبوض
 باليد . وأخيراً استظهار المصنف : أن القبض حقيقة واحدة في جميع
 الموارد ، وهي الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء :

بقي هنا فروع :

(١٢٩ - ١٤٦) عرض موجز لفروع مسألة القبض : الأول -
 فيما لو كان المبيع مشمولاً بأمتعة البائع ، الثاني - فيما لو كان المبيع بنفسه
 مشتركاً بين البائع وغيره ، الثالث - لو كان المبيع في مكان لا يختص
 بالبائع ، الرابع - لو باع ما هو غير منقول كالدار ، الخامس - لو كان
 المبيع مكبلاً أو موزوناً ، السادس - لو تلف المقبوض بالقبض الفاسد بيد
 المشتري ، السابع - لو كان المبيع بيد المشتري قبل الإتيان . عرض
 مفصل في تلك الفروع . . .

رسالة في قاعدة تلف المبيع قبل القبض

(١٤٩ -) إتفاق الفقهاء على أن المبيع الشخصي قبل القبض
 مضمون على بائه بالمسمى ، عرض الأدلة على ذلك :

(١٥٠ - ١٦٤) هذه الكايفة بما لا كلام فيها ، وانما يقع الكلام في أمور : الأول - ان ذلك هل هو على القاعدة ، أم على خلافها تعدياً ؟ تحقيق مفصل عن كاية قاعدة الضمان ، وبيان الخلاف في ذلك . بيان مبنى الفقهاء بأن مفاد العقد هو التملك بإزاء التملك ، والجواب عن ذلك ، وبيان الثمرة بين القول بضمان البائع في تلف المبيع ، والقول بالإنفاسخ قبل التلف ، درج أقوال الفقهاء في ذلك الموضوع :

(١٦٥ -) الأمر الثاني - بيان موارد الضمان والقبض فيما لو كان المبيع بعضاً من جملة معينة .

(١٦٥ - ١٦٨) الأمر الثالث - موارد الضمان والقبض فيما لو كان المبيع كلياً في الذمة ، تحقيق أدلة الموضوع :

(١٦٩ - ١٧٦) الأمر الرابع بيان حكم تلف المبيع اذا كان التلف بتسبب من المشتري أو البائع أو الأجنبي ، عرض صور المسألة ، وأقوال الفقهاء فيها ، مع تحقيق مفصل في أدلة ذلك . وبيان أحكامها : .

(١٧٧ - ١٧٨) الأمر الخامس - فيما لو حصل للمبيع تمام قبل تلفه فهل هو للمشتري أم للبائع ، وبيان رأي الشيخ بأنه للبائع ، مستنداً بحديث (الخراج بالضمان) ومناقشة المصنف من قبل المعاق حول الموضوع .

(١٧٩ -) الأمر السادس - في أن التمام المتجدد قبل التلف بيد البائع أمانة غير مضمولة :

(١٨٠ -) الأمر السابع - يلحق بالتلف الظاهر في الهلكة : ما كان بحكمه مما يوجب تعذر التسليم كالسرقة والضياع ونحوهما .

(١٨١ -) الأمر الثامن - فيما لو شك في التألف : أنه من التلف قبل القبض أو بعده ، فالحكم هو انفاسخ العقد - على القاعدة - وربما يتوهم لزوم العقد . وتحقيق المصنف والمعلق حول ذلك :

(١٨٢ - ١٨٣) الأمر التاسع - استثنى بعض الأصحاب من قاعدة ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض : تلفه ضمن الثلاثة أيام التي يثبت فيها خيار التأخير فحكموا أنه من ضمان المشتري ، وبعد الثلاثة من ضمان البائع (١٨٤ -) الأمر العاشر - لا يسقط هذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو لإبرائه .

(١٨٥ - ١٨٨) الحادي عشر - ربما يستثنى من هذه الكلية صور : منها - ما لو أسلم عبد الكافر وتلف بعد بيعه وقبل قبضه ، ومنها - ما لو باع العبد ممن يعتق عليه فتلف قبل التسليم ، ومنها - ما لو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق أو تلفت الضميمة . ومنها - ما لو اشترى جارية فأولدها ولما يحصل القبض بالوطء ، فتلفت الجارية أو أبقت قبل القبض ومنها - ما لو حصل في العبد المبتاع قبل القبض أحد أسباب الاعتاق ومنها - ما لو جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه ، ومثله ما لو جنى على نفسه بقتل ، فإنه من التلف قبل القبض .

(١٨٨ -) الثاني عشر - لو ضمن الاجنبي للمشتري ذلك الثمن لو رجع اليه بتلف المبيع قبل قبضه ، فلا يصح ذلك الضمان ان كان قبل تلف المبيع مطلقاً ، ويصح ان وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البائع وكان الثمن مقبوضاً له .

(١٨٩ -) الثالث عشر - لو وكل على البيع والاقباط ، وغرط الوكيل فتلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ورجع الموكل على الوكيل .

(١٨٩ -) الرابع عشر - لو كان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل بيعه ، لم يفتقر الى قبض جديد .

(١٩٠ - ١٩١) الخامس عشر - لو اتحد المقبض والقابض واختلفا

بالاعتبار لم يفتقر الى نية القبض .

- (١٩٢ - ١٩٣) السادس عشر - اذا تلف بعض المبيع وكان مما يقسط عليه من الثمن ، انفسخ العقد بالنسبة اليه - فحسب - :
- (١٩٤ -) السابع عشر - كلما تقدم في تلف المبيع قبسل قبضه يجري فيما لو تلف الثمن المعين أو أبعاضه أو أوصافه ، وانه في ضمان المشتري حرفاً بحرف .
- (١٩٥ -) الثامن عشر - لو باع ثوباً بعبد - مثلاً - وقبض الثمن وهو العبد فباعه من غيره ، ثم تلف المبيع وهو الثوب قبل قبضه نحقق الضمان في المسألة :
- (١٩٥ -) التاسع عشر - الخاق الثمن الكلي - خارجياً أم ذمياً - بالثمن المعين الشخصي في مسألة الضمان .
- (١٩٥ - ١٩٦) العشرون - شمول قاعدة الضمان قبل القبض لسائر عقود المعاوضات .

تذييل

- (١٩٦ - ٢٠٦) يشترط في خروج البائع عن ضمان المبيع بالقبض : أن لا يكون للمشتري خيار يختص به ، وإلا كان الضمان على البائع وان تلف في يد المشتري ، التدليل على ذلك ، وتحقق المسألة في عرض أمور خمسة ، وعرض أقوال الفقهاء في بيان ذلك :

رسالة في الأراضي الخراجية

- (٢٠٩ - ٢١٠) لبويب الرسالة إلى : مقدمة ، ومقالات ، وتذييب وخاتمة . أما المقدمة فهي تقسيم الأرضين : إلى أرض بلاد الاسلام

وأرض بلاد الكفر ، وبيان أقسام كل منها .

(٢١١ - ٢١٧) المقالة الأولى - في الأرض المفتوحة عنوة ،
وانها لعامة المسلمين ، والاستدلال على ذلك بالاجماع والاخبار المستفيضة
والاستظهار منها : أن الأرض للمسلمين على جهة الملكية ، لا على وجه
الاختصاص ، وبيان صور الملكية الأربعة .

(٢١٧ - ٢٢٢) بقي هنا أمور : الأول - هل يتعلق الخمس
بالمفتوحة أم أنها كلها للمسلمين ؟ بيان رأي المشهور في تعلق الخمس بها
والدليل على ذلك بالأخبار وكلمات الأصحاب ، ومناقشة ذلك ، وأخيراً :
اختيار ثبوت الخمس فيها كغيرها من الغنائم المقولة .

(٢٢٣ -) الأمر الثاني - بيان الخلاف في تعلق الخمس بعين
الأرض ، أو بحاصلاتها أو بالتخيير بينهما ، واختيار التخيير .
(٢٢٤ -) الأمر الثاني - ما يأخذه السلطان باسم الخراج أو
المقاسمة إنما هو بدل عن مجموع الأرض لا عن غير الخمس منها ، فالخمس
في الخراج :

(٢٢٤ -) الأمر الرابع - الأقوى ثبوت الخمس في الخراج
مطلقاً - في زمن الحضور ، أم الغيبة - :

(٢٢٥ - ٢٣١) الأمر الخامس - الأخبار الدالة على كون الأراضي
كلها للإمام بالاطلاق أو العموم يجب تقييدها أو تخصيصها بالأخبار الدالة
على كون الأرض المفتوحة للمسلمين ، وذكر وجوه وتعليقات ثبت تملك
الإمام (ع) للعموم الأراضي المفتوحة وأنها محللة للشبهة بنصرفون فيها
كيفما شاؤوا . استعراض الوجوه التي ذكرها الشيخ الأنصاري في ذلك
الموضوع ومناقشتها :

(٢٣٢ -) الأمر السادس - الأرض المفتوحة دفاعاً في زمان

الغيبة أيضاً للمسلمين .

(٢٣٢ -) الأمر السابع - لا تخرج الأراضي المفتوحة عنوة عن كونها خراجية بتغلب الكفار عليها .

(٢٣٢ - ٢٣٤) الأمر الثامن - المراد بالمعمورة عند الفتح وكونها للمسلمين كونها لهم بماراتها الكائنة فيها - حيثئذ - فيشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من الآلات والأواني وغير ذلك .

(٢٣٤ - ٢٤٤) الأمر التاسع - ينفرع على ملكية الأرض المفتوحة لعموم المسلمين - عدم جواز التصرف فيها بدون إذن ، والكلام في مقامين الأول - هل يجوز التصرف والتعمير بدون إذن الامام (ع) أو نائبه ؟ أولاً : واختيار توقف التصرف على إذن الامام أو نائبه - الثاني - ذكر الخلاف في جواز بيع الأرض المفتوحة وعدمه ، أو التفصيل بالجواز تبعاً للأثار ، والعدم من دون ذلك . عرض فروع المسألة وأقوالها في المقامين وأدلتها - تفصيلاً .

(٢٤٥ - ٢٤٨) الأمر العاشر - ذكر الخلاف في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة أو من العامر في وقتها بغير العلم من مراتب الظن ، وعرض حجية كل من الفريقين واختيار ثبوت ذلك بالظن .

(٢٤٩ - ٢٥٠) الأمر الحادي عشر - يجوز للامام (ع) ونائبه لإقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا تخرج بذلك عن كونها خراجية .

(٢٥٠ - ٢٥٦) الأمر الثاني عشر - ولاية تقبيل الأراضي وتسليمها بيد الامام (ع) في زمن الحضور وبسط اليد ، ومع عدم ذلك - كما في زمن الغيبة - فهل تسقط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا إذن ، أو ثبوتها للنائب العام للامام ؟ قولان في المسألة . تحقّق المسألة مع

عامة فروعها والدليل على ذلك ، واستعراض كلمات الفقهاء في الموضوع ومناقشتها ، وبيان اختيار المصنف :

(٢٥٧ -) الامر الثالث عشر - يلحق بحكم عمران الارض

المفتوحة حرمتها ومرافقها ، الامر الرابع عشر - بيان حكم الارض المفتوحة عنوة من جانب ، وصالحاً من جانب آخر -

(٢٥٨ - ٢٥٩) الامر الخامس عشر - في تعيين الاراضي المفتوحة

عنوة ، ومنها - مكة المكرمة :

(٢٦٠ - ٢٦٤) ومن الاراضي المفتوحة عنوة : أرض العراق :

تقدير مساحتها وكيفية فتحها ، وتقسيمها الى العامرة ، والعامرة حين الفتح وبيان حكم العامرة منها :

(٢٦٥ -) الكلام في أرض الموات المفتوحة عنوة ، وحكمها

وأدلة كونها للامام عليه السلام :

(٢٦٦ - ٢٧٤) إشكال التناقض بين كون الموات للامام ، والحكم

بكون الحياة عند الفتح على إطلاقه لعموم المسلمين ، ومحاولة التغلص من الاشكال بعدة جهات . وبفروع على ذلك : الاشكال بالاختيار الواردة من الفريقين الدالة بظاهرها على سببية الاحياء للتملك مطلقاً - والجواب عن ذلك بحماها على الترخيص من الامام بالاحياء لا التملك التام : ثم الاشكال على ذلك الحمل أيضاً ، والجواب عنه . . :

(٢٧٥ - ٢٨٠) المقالة الثانية - في أرض الصلح ، تعريفها

وتقسيمها قسمين : القسم الأول - وقوع الصلح مع أهل الذمة على أن أرضهم لهم ، وعليهم الجزية بحسب تعيين الامام أو نائبه لها كماً وكيفاً ، ويجوز بيعها وإيجارها للمسلمين ولغيرهم على أن ينتقل خراجها الى البائع لا إلى المشتري ، ذكر الخلاف في ذلك الحكم عن بعض والجواب عنه

وبيان ان مصرف هذا الخراج كمصرف الغنيمة .

(٢٨١ - ٢٨٢) القسم الثاني من قسمي أرض الصلح - أن تكون رقة الأرض للمسلمين والمصالحين السكنى والجزيرة - كارض المفتوحة عنوة - على ان تلك المصالحة الظاهرية لا تخرجهم عن كونهم مهادوري الدم في الواقع .

(٢٨٢ - ٢٨٧) المقالة الثالثة - في أرض من أسلم أهلها طوعاً وأنها مملوكة لأربابها ، الاستدلال على ذلك بالشهرة فتوى ورواية - وذكر الخلاف عن بعض القدماء بأنها للمسلمين ، وبيان تضارب الروايات في ذلك ، والجمع بينها وتوجيهها والقول بالتفصيل .

(٢٨٨ - ٢٩٢) المقالة الرابعة - في أرض الأنفال ، تعريفها ، أقسامها ، حكمها بأنها ملك للنبي والامام (ع) ، الاستدلال على ذلك بالاجماع والشهرة والاختبار المستفيضة .

(٢٩٣ - ٢٩٩) القول بان أرض الأنفال مباحة لعموم المسلمين والجواب عنه ، وذكر مناقشة صاحب المناهل في دفاعه عن ابن ادريس حول الموضوع ، والجواب عنه ، ذكر الاشكال على ملكية هذه الأرض للامام بأنه يلزم من ذلك ملكية منتجاتها ، ومقتضاه عدم جواز تناول شيء منها إلا باذن الامام وذلك بخلاف السيرة ، والجواب عنه .

(٣٠٠ - ٣٠٣) هذا تمام الكلام في أرض الأنفال من حيث موضوعها ، وأما حكمها فهي للامام (ع) أو نائبه بعد النبي (ص) ، ليس لأحد التصرف بها بلاإجازته أو إجازة نائبه في زمانه الحضور والهيبة ذكر الخلاف في إطلاق إجازة الأئمة (ع) لشيعتهم حتى في الخمس ، فاسقطه في الدية ، أم أن الإجازة مقيدة فيما وراء الخمس من الأموال والأنفال ، تفصيل الموضوع وتحقيقه : الاشكال بان غاية مفاد أخبار

التحليل هو جواز التصرف ، لا التملك ، والجواب عن ذلك بنوجبيه التحليل الى قصد التملك :

(٣٠٤ - ٣١٤) تذييب : في حكم ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة في تقبل الأرض منه ، وجواز الأخذ فيه ، وبراعة ذمة المتقبل يدفع القبالة اليه : الاستدلال على جواز ذلك بصحبة الحذاء ، وذكر المناقشة فيها والجواب عن ذلك . مواصلة الاستدلال على ذلك باخبار آخر والاستنتاج منها - بعد ذكر مناقشتها والجواب عنها - على المقصود ، ومنها الاخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الأراضي والرؤوس :

(٣١٥ - ٣١٧) متابعة الاستدلال على جواز أخذ مال الخراج وتقبله من الظالم وبراعة ذمة المتقبل - بالاجتماعات المحكية عن عامة الفقهاء كالسيد بحر العلوم ، وصاحب الرياض ، والشهيد في المسالك ، وصاحب الجواهر ، والحدائق وغيرهم .

(٣١٨ - ٣٢١) ذكر الخلاف : في سقوط الزكاة عن المتقبل بعد أن أخذ الجائر منها الخراج بعنوان الزكاة ، أو عسدم سقوطه عنه ، أو القول بالتفصيل في السقوط وعسدمه بين الدفع الى الظالم مع عدم استطاعة حججه وانكاره ، أو استطاعة ذلك : . . .

(٣٢٢ - ٣٢٨) حكم مال الجائر مما لم يعلم كونه من الخراج أو المقاسمة ، بيان أقسامها الثلاثة : اما أن يعلم حرمة بعينه ، أو حليته بعينه أو يكون مشبه الحال : صور القسم الأول وبيان أحكامها : وذكر الخلاف فيها .

(٣٢٩ -) القسم الثاني فيما لو كان المال معلوم الحرمة ، بيان أحكامها ، وذكر الخلاف فيها :

(٣٣٠ - ٣٣٤) القسم الثالث ، وهو المشبه الحال ، صور المسألة

وبيان أحكامها ، وبيان أحكام الشبهة المحصورة وغير المحصورة .
(٣٣٥ - ٣٣٧) ويستحب التنزه عن تناول أموال الجائر في جميع
الصور ، ويكره التناول ، وترفع الكراهة بأمور ، منها - إخباره بالحلية
ومنها - إخراج نفسه ، ومنها - ماله كان قصد الأخذ قضاء حوائج
الاحوان .

(٣٣٨ - ٣٥٢) خاتمة في الأراضي المدرسة : تعرفها صورها
بيان أحكامها : ذكر الخلاف في أن الاحياء سبب الملكية أم لانقضاء الاحقية
من الأول الى الثاني ، مناقشة أدلة الطرفين ، وبيان رأيه في المسألة بعد
ذلك وذكر الأخبار المتناقضة ، وبيان وجهة الجمع بينها ، تلخيص لما
تقدم من الكلام في الأراضي المدرسة . وبذلك ينتهي الجزء الأول من
الكتاب :

جدول التصويب

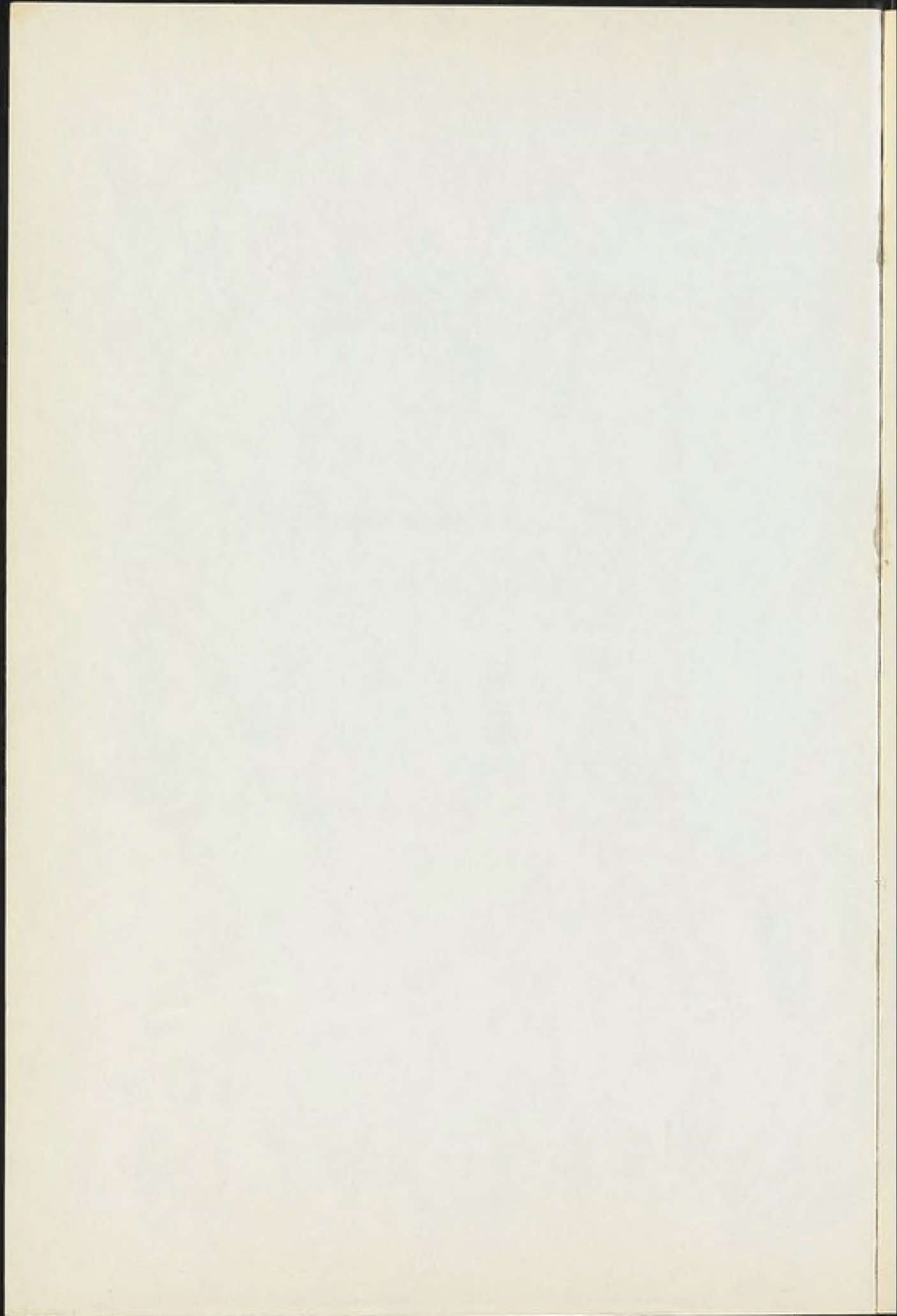
ص	مطر خطأ	صواب	ص	مطر خطأ	صواب
٥٣	٣	لحق الشفعة بحق الشفعة	٢٨٠	٦	الموجودة المأخوذة
٥٥	١٨	لأن له لمن هو له	٢٨١	١٠	عهدة عهد
٦٢	١٥	المشتري مالك الثمن	٢٨٦	١٧	معمورة معمورة
٧٦	١٣	بعوض بعوضه	٢٩٤	١٢	بشيء شيء
٨٨	٨	من المستقر من أن المستقر	٢٩٦	٧	في أجزاء في إجراء
٨٩	٩	استفيد كما استفيد	٢٩٧	٢١	استجبلت استأجمت
٩١	٢٢	تابع تابع	٢٩٨	١٧	بشيء شيء
٩٣	١٩	حصه حصه	٣٠٢	٦	له إشكال إشكال
٩٥	١٦	غيره لغيره	٣٠٤	٤	مرداة مرداة
٩٦	٦	فسادها فسادها	٣٠٤	٦	خطر حصر
٩٦	١٠	علمه عمله	٦٠٤	٦	بعضها بعضها
١٠٣	١٦	واضح واضح	٣٠٧	٢٣	المختمة المختمة
١١١	١٣	إذا لم إذا لم	٣٠٩	٩	المعيلين المعيلين
١١١	١٨	عليها عليها	٢١٠	١٤	للمتولى للمتولى
١١٣	٢٣	يد استيلاء يد المستأجر	٣١٩	١٦	أو المعنى أو المضي
١٢٣	١٠	إن البيع إن المبيع	٣٥٢	١٢	الدفع بالدفع
١٢٨	٥	بالعروض بالعروض	٣٢٦	٤	العين الدين
١٤١	١٦	وأتخذ المسمى وأتخذ المسمى	٣٣٣	١٣	دخوله أو دخوله
١٧٨	٢٠	وباء الخبز وباء الجر	٣٤٠	١٧	أو تحقيق أو تحققة
٢٢٧	١٠	عند عنه	٣٤١	٢٠	إن إنه
٢٣١	١٨	إذلان الاذن	٣٤١	١٦	فعارضه في معارضته
٢٧٣	١٧	أن يثبت أن يثبت	٣٤٣	٢١	إلى طرق إلى طرق
			٣٤٦	٢٣	أو مشروطاً أو مشروطاً

مكتبة السيد العلامة بمكة

- لا تزال نواصل السير - قديماً - في أداء رسالتها الفكرية : من نشر وتأليف وتحقيق الكتب الإسلامية ، فقد طبع لها - حتى الآن - :
 - ١ - كتاب تلخيص الشافي في الإمامة ، تأليف الشيخ الطوسي (قدس سره) وتقديم وتحقيق سماحة العلامة السيد حسين بحر العلوم :
 - ٢ - رجال السيد بحر العلوم - المرسوعة الفسخمة - في علم الرجال والحديث والتراجم - تأليف سيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره - وتحقيق العلمين : الحجة السيد محمد صادق بحر العلوم والعلامة السيد حسين بحر العلوم :
- لا تزال مستمرة في نشر الكتاب الإسلامي بأهدائها الى عامة المؤسسات الثقافية - في مختلف أنحاء العالم المتحضر - حتى قارب سجل إهدائها (١٠٠٠٠ عشرة آلاف كتاب) الى حين التأريخ :
- لا تزال فاتحة صدرها الرحب (لكل سؤال جواب) فهي تتلقى الاسئلة الإسلامية - من داخل العراق وخارجه - وتجييب عنها برسائل شخصية تطبع بعد حين على شكل (نشرات فصلية) .
- لا يسعها إلا تضمين الفضل لعامة الدوات الحيرة السخية - بمادتها ومعنوياتها - تجاه مشاريع (المكتبة) التي تلبس من الواقع الإسلامي وتصب فيه :
- وتخص بالذكر منهم : الوجه المحسن السيد حسن السيد حبيب الصراف - من وجوه تجار النجف الأشرف - فقد تبرع - أخيراً - بمبلغ (٦٠٠ ديناراً)

رصيداً للمسابقة الأولى التي أعانتها (المكتبة) - قبل عدة أشهر -
حول تأليف كتاب عن السيدة الزهراء - عليها السلام - والتي جنى الفكر
الإسلامي من حصيلتها (١٥ كتاباً) حول الموضوع من قبل كتاب محترمين
- داخل العراق وخارجه - جعله الله قدوة صالحة لغيره في مجالات الخير :
ونشكر الوجيه الأستاذ جعفر شعبان مدير معمل التوفيق - في النجف
الاشرف - على تبرعه - أخيراً - بمبلغ (٣٠ دينار) لشؤون إيراد المكتبة
والله ولي التوفيق :





COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES



0036759279

KBL

.B34

v. 1

FEB 22 1973

